Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages beim Dienstvertrage des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristenfakultät der Universität
ROSTOCK in MECKLENBURG

vorgelegt von

ERNST TREMBLAU
Gerichtsreferendar in Cöln a. Rh.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

COLN
Druck von Greven & Bechtold, Cöln, Weyerstraße 19.

1914

Referent:

Geh. Justizrat Professor

Dr. MATTHIASS.

Inhalt.

Seite

A. Allgemeines 6

B. Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages beim Dienstleistungsanspruch 11

C. Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei der Dienstlohnleistung 15

D. Das Zurückbehaltungsrecht am unpfändbaren Dienstlohne

I. Allgemeines 19

II. Die Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts am unpfändbaren Dienstlohne ergibt sich nicht aus § 273 BGB. 23

III. Die Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts am unpfändbaren Dienstlohne wegen gleichartiger Gegenforderungen folgt aber aus § 394 BGB 27

Literaturverzeichnis.

Auerswald, Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber Lohnforderungen in der D. J. Z. S. 630 fg. 1909.

Barkow, Zurückbehaltungsrecht bei Arbeits- oder Dienstlohnforderungen, in den Bl. f. Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts. 1903 S. 73 fg.

Baum, Handbuch für Gewerbe- und Kaufmannsgerichte 1912.

„ in den Bl. f. Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts 1902 S. 45.

Beseler, Zwangsvertretung, in der D. J. Z. 1912 S. 894 fg.

Breuer, Das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Bonner Diss. 1904.

Burchard, Streitfragen des Arbeitsvertrages, in der D. J. Z. 1900 S. 262.

Du Chesne, im Sächs. Arch. Bd. 9 S. 686.

Cordes, Aufrechnung und Zurückbehaltung gegenüber Gesindelohnforderungen, in der Jur. Woch. 1907 S. 383 fg.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Aufl. Jena 1911.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 1900. 2. Bd. 1902.

Dernburg, Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preußens. II. Bd. 1. u. 2. Abt.

Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 1. Bd. 9. Aufl. 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. Recht. Bd. 1. 3. Aufl. 1908.

Elster, Lexikon des Arbeitsrechts. 1910.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

von Frankenberg, Der Arbeitsvertrag nach dem bürgerl. Gesetzbuche, in der Soz. Praxis. 9. Jahrg. 1900. S. 366 fg.

Fromherz, Aufrechnung und Zurückbehaltung gegenüber Gesindelohnforderungen in der D. J. Z. 1909 S. 1248 fg.

Fröhlich, Lohnanspruch und Zurückbehaltungsrecht in der Jur. Woch. 1903 S. 118 fg.

Fuld, Die Aufrechnung gegen Lohnforderungen, in Seufferts Bl. f. Rechtsanwendung 1901. 66. Jahrg. S. 77 fg. 104 fg.

Geib, Referat über Sinzheimer, Lohn- und Aufrechnung, in der Kritischen Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1905. 46. Bd. S. 1 fg.

Geschichte und System des röm. Rechts. Übersetzt von Rob. v. Mayr. Berlin 1908.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 1901. 1. Bd.

Gordon, in Gesetz u. Recht. Bd. 9 S. 301 u. in der Bayer. Zeitschr. f. Rechtspflege 1907 S. 57, 75.

Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts 1. Teil. 1912.

Heumann, Aufrechnung und Zurückbehaltung gegenüber Lohnforderungen, Rostocker Diss. 1912.

Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation, in Iherings Jahrb. 16. Bd. S. 91 fg.

Kommentar z. bürgerl. Gesetzbuch von Rg. -Räten. Bd. 1. 1910.

v. Landmann, Kommentar z. Gewerbeordnung f. d. Deutsche Reich. 1. Bd. 5. Aufl. 1907.

Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.

Lippmann, Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung, in Iherings Jahrb. f. d. Dogmatik. 1901. Bd. 43 S. 435 fg.

Loening, im Handwörterbuch der Staatswissenschaften. 3. Aufl. 1909. (Artikel: Arbeitsvertragsbruch.)
Loennis, in der Posener Monatsschrift, 1900.
Lotmar, D. Arbeitsvertrag nach d. Privatrecht des Deutschen Reiches.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin. 1910.
Meyer, Das Recht der Beschlagnahme von Lohn- und Gehaltsforderungen. 1900.
Müller, Der Sukzessivlieferungsvertrag, in Gruchots Beitr. z. Erläuterung d. deutschen Rechts. Bd. 50.
Motive zu d. Entwurf e. bürgerl. Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich. 1888.
Neumann, Handausgabe des bürgerl. Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich. Bd. 1. 1912.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse. 1910.
Pappenheim, Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber Lohnforderungen, in der D. J. Z. 1902 S. 86 fg.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Bd. 1907.
Prenner, Der gewerbl. Arbeitsvertrag nach deutschem Recht. 1902.
Protokolle der Kommission für d. 2. Lesung des Entwurfs d. BGB.
Reichert, Aufrechnung u. Zurückbehaltung in prozessualer Behandlung, in Gew.- u. Kfm.-Gericht. 13. Jahrg. S. 221 fg.
v. Renesse, Das Zurückbehaltungsrecht u. s. Verhältnis zur Einr. d. nicht erfüllten Vertrages, Leipziger Diss. 1906.
Rohmer, im Preuß. Verwaltungsblatt, 22. Jahrg. S. 270 fg.
Lohnanspruch und Zurückbehaltungsrecht, in der Jur. Woch. 1902 S. 602.
Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung, 1902.
„ Das Kammergericht u. d. Frage nach d. Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts an unpfändbaren Lohnforderungen, im „Recht" 1903 S. 426 fg.
Sigel, Der gewerbl. Arbeitsvertrag nach dem BGB. 1903.
„ im Gew.-Gericht, 6. Jahrg. Sp. 39.
Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht, 1904.
Schmelzle, Verbot der Aufrechnung bei Lohnforderungen u. Zurückbehaltungsrecht, in Seufferts Bl. f. Rechtsanwendung. Bd. 66 S. 293.
Schneider, Treu u. Gl. im Recht d. Schuldverh. München 1903.
Stadthagen, Das Arbeiterrecht, 1904.
Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1907. 8. Aufl.
v. Staudingers Kommentar z. bürgerl. Gesetzbuch. 2. Bd. 1912.
Ulrichs, Das Recht der Zurückbehaltung und Aufrechnung beim gewerbl. Arbeitsvertrag 1910.
Wagler, Referat f. d. Verbandstag deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte in Mainz 1900, im Gewerbegericht 1900. Bd. 6 S. 35 fg.
Wallroth, Die Versuche einer Durchbrechung des Lohn-Aufrechnungsverbots, im Arch. f. bürgerl. Recht, 24. Bd. 1904 S. 250 fg.
Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu u. Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, im Arch. f. d. zivilist. Praxis. Bd. 100 S. 1 fg.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1906. Bd. 1 u. 2.
Wölbling, Der Akkordvertrag u. der Tarifvertrag, 1908.
Wolff, Darf das Zurückbehaltungsrecht in den Fällen geltend gemacht werden, in denen die Aufrechnung verboten ist?, im Arch. f. bürgerl. Recht. 26. Bd. S. 315 fg.
Zitelmann, Das Recht des bürgerl. Gesetzbuchs. Allgem. Teil 1900.
„ in den Festgaben der Bonner juristischen Fakultät für Paul Krüger.

Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages beim Dienstvertrage des Bürgerlichen Gesetzbuches.

A. Allgemeines.

Auf keinem Gebiete des Rechts haben die sozialen Vorschriften der neueren Gesetze, insbesondere des Bürgerlichen Gesetzbuchs so tiefgehende Änderungen bewirkt, auf keinem aber auch so viele Streitfragen hervorgerufen als auf dem des Dienstvertrages. Das erscheint um so bedauerlicher, als es sich hier um eine Vertragsart handelt, die neben dem Kauf wohl die größte Bedeutung für das wirtschaftliche Leben hat. Beim Dienstvertrage wiederum ist wohl die praktisch bedeutsamste, juristisch aber leider auch zweifelhafteste diejenige Streitfrage, die sich darum dreht, ob der Dienstberechtigte ein Zurückbehaltungsrecht am Dienstlohne wegen einer ihm zustehenden Gegenforderung, etwa auf Ersatz beschädigten Arbeitsgeräts, hat. Einig ist man nur darüber, daß dem Dienstberechtigten wegen etwaiger Gegenforderungen ein Zurückbehaltungsrecht am Dienstlohne nach § 273 BGB. insoweit zusteht, als er nicht nach § 394 BGB. in Verbindung mit §§ 1 und 4 des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom 21. Juni 1869 dem Aufrechnungsverbote unterliegt. Ob es aber auch ein Zurückbehaltungsrecht am Dienstlohne gibt, insoweit er dem Aufrechnungsverbote unterliegt, es sich also um den 1500.— Mk. nicht übersteigenden Teil des Jahresverdienstes handelt, und das Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, darüber herrscht bis auf den heutigen Tag lebhaftester Streit.[1]) Das Reichsgericht hat zu diesem Streit erst einmal Stellung genommen in einem Urteil des 3. Zivilsenats vom 17. Febr. 1903 (III. 453/02), und zwar hat es ohne weitere eigne Begründung die Anwendung des § 273 BGB. auf den unpfändbaren Dienstlohn durch

[1]) Oertmann Anm. 4 zu § 273 BGB. spricht von der Frage als einer „der meist bestrittenen Fragen des Schuldrechts", Auerswald in Gew. u. Kaufm.-Ger., 14. Jahrg. 1909 S. 166 nennt sie gar „eine der größten Kontroversen des bürgerlichen Rechts".

das Vordergericht, das Oberlandesgericht Kiel, gebilligt.[1]) Auch das preußische Kammergericht hat ungefähr gleichzeitig in einer Entscheidung vom 14. März 1903 zu Gunsten des Zurückbehaltungsrechts am unpfändbaren Dienstlohne Stellung genommen.[2]) Es erscheint aber durchaus nicht sicher, ob die beiden Gerichte gegebenenfalls auch heute noch den damals von ihnen vertretenen Standpunkt einnehmen würden, und es ist nur zu bedauern, daß aus bekannten Gründen die Streitfrage wohl nicht mehr vor ihr Forum gebracht werden wird.

Die große Bedeutung des Streits um das Zurückbehaltungsrecht am unpfändbaren Dienstlohne ergibt sich aus der Überlegung, daß der Dienstverpflichtete fast stets der wirtschaftlich schwächere Vertragsteil ist. Ihn trifft daher die auch nur zeitweise Zurückbehaltung seines Verdienstes gerade so hart wie die Aufrechnung, denn wenn er selbst den unpfändbaren Teil seines Verdienstes erst bekommt, wenn er selbst eine Leistung macht, so wird er meistens eben nie zu seinem Gelde kommen. Denn er ist zu der von ihm verlangten Leistung ohne seinen Lohn, der seine einzige Einnahmequelle bildet, nur selten imstande. Umgekehrt aber wird der Dienstberechtigte auf das Zurückbehaltungsrecht nicht verzichten

---

[1]) Die Stellungnahme des RG.s zum Zurückbehaltungsrecht in dem genannten Urteile ist übrigens aus den abgedruckten Auszügen (Entsch. d. RG.s Bd. 55 S. 1. Jur. Woch. 1903 Beil. 7 S. 49) nicht ersichtlich, obschon in Literatur und Praxis oft auf sie verwiesen wird. Es handelte sich im fraglichen Falle um die Klage eines preußischen Eisenbahnbeamten gegen den preußischen Staat auf Gehaltszahlung. Der Beklagte hatte in erster Linie mit einer Gegenforderung aus einer vom Kläger begangenen Unterschlagung aufgerechnet, in zweiter Linie hatte er wegen der gleichen Gegenforderung ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Die im Druck erschienenen Auszüge geben nun nur die Gründe wieder, aus denen das RG. den ersten Einwand verwirft. Bezüglich des geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts sagt aber das RG. lediglich: „Die Revision rügt, daß dem Kläger mit Unrecht 4 % Zinsen seiner Forderung vom 1. Oktober 1901 an zugesprochen seien. Die Rüge ist begründet. Zwar war die Forderung des Klägers, da das Gehalt vierteljährlich im voraus zu zahlen ist, am 1. Oktober 1901 fällig. Das Berufungsgericht hat aber in richtiger Anwendung des § 273 BGB. den Beklagten für befugt erklärt, die geschuldete Leistung zu verweigern, bis der Kläger den unterschlagenen Betrag von 1166 Mk. 63 Pfg. erstattet. Der Beklagte war daher zur Zahlung nur gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung verpflichtet (§ 273 BGB.) und befindet sich, da diese weder erfolgt ist, noch angeboten wurde, nicht im Verzuge. Der Zinsanspruch des Klägers war daher abzuweisen.“

[2]) Vgl. Entsch. d. OLGe. Bd. 6 S. 423. Die Gründe des Urteils sind unten S. 27 Anm. 3 berücksichtigt.

wollen, weil er es als unbillig empfindet, daß er nicht die Möglichkeit haben soll, von seinem Gegenkontrahenten die Erfüllung seiner Gegenforderung zu erzwingen, während er selbst leisten muß. So erklärt es sich denn auch, daß in unzähligen Abhandlungen bald der eine, bald der andere Standpunkt vertreten worden ist, daß die Verbandstage der in dieser Frage ja besonders interessierten deutschen Gewerbe- und Kaufmannsgerichte in Mainz im Jahre 1900 und in Lübeck im Jahre 1901 sich — allerdings ergebnislos — mit der Frage befaßten, daß ferner ein großer wirtschaftlicher Verband, der Innungsverband deutscher Schneiderinnungen, sich im Jahre 1908 an den Verband dieser Gerichte gewandt und ihm eine Resolution des 18. allgemeinen deutschen Schneidertages mitgeteilt hat, in dem es als ein „Gebot der Gerechtigkeit" bezeichnet wird, die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte zur Anerkennung eines Zurückbehaltungsrechts der Arbeitgeber am unpfändbaren Lohne gegenüber einem durch den Arbeiter angerichteten Schaden zu veranlassen.[1]) So erklärt es sich auch, daß die Ausschüsse des Kaufmannsgerichts Berlin und des Gewerbegerichts Breslau, die Handelskammer für das Herzogtum Oldenburg, der Verein deutscher Spediteure und der niedersächsische Schutzverband für Handel und Gewerbe in Petitionen beim Reichstage dafür eingetreten sind, sogar die Aufrechnung gegen unpfändbare Lohnforderungen mindestens wegen deliktischer Gegenforderungen zuzulassen.[2]) Ein bloßes Zurückbehaltungsrecht genügte den Petenten anscheinend nicht. So erklärt es sich auch endlich, daß sich noch jüngst der bereits genannte Verein deutscher Spediteure an die Handelskammern gewandt hat mit der Bitte um Unterstützung in dem Bestreben, die Rechtsprechung im Sinne der Bejahung eines Zurückbehaltungsrechts am unpfändbaren Dienstlohne zu beeinflussen und daß in der Eingabe des Vereins von den Urteilen, die das Zurückbehaltungsrecht am unpfändbaren Dienstlohne verneinen, gesagt wird, sie widersprächen „jedem natürlichen Rechtsempfinden." [3]) Und wenn aus den Kreisen der Arbeitnehmerorganisationen scheinbar noch keine Schritte in entgegengesetzter Richtung getan worden sind, so kommt das wohl daher, daß sie einstweilen noch zu sehr mit anderen Fragen beschäftigt sind. Daß aber selbst nicht direkt interessierten Kreisen, ja sogar

[1]) Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Monatsschrift d. Verbandes Deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte Bd. 15 S. 656.

[2]) Ebendort Jahrg. 16 S. 419.

[3]) Ebendort Jahrg. 18 S. 141.

solchen, in deren Händen unsere Gesetzgebung ruht, die Verneinung des Zurückbehaltungsrechts am unpfändbaren Dienstlohne ebenso gerecht erscheint, wie anderen das Gegenteil, das ergibt sich schon daraus, daß der Referent über die erwähnten Petitionen in der Sitzung vom 4. Mai 1911 das gestellte Verlangen mit solch direkten Worten zurückwies, daß daraus zu ersehen war, daß er nicht nur die Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Lohnforderungen, sondern auch die Zurückbehaltung solchen Lohnes nicht für gerecht hielt.

Es bietet also das praktische Leben keine Gewähr dafür, ob eine Zulassung oder ein Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts am unpfändbaren Dienstlohne gerechter sein würde. Jede der beiden Lösungen schädigt einen der beiden sich gegenüberstehenden Teile. Eine dritte vermittelnde Lösung aber ist schlecht denkbar. Eine Entscheidung der Streitfrage nach „soziologischen" Gesichtspunkten im Sinne des „Freirechts" ist also schlechterdings unmöglich, obschon doch gerade sie eigentlich dem „Freirecht", die schönste Gelegenheit geben müßte, seine praktische Brauchbarkeit zu beweisen. Die tatsächlichen Lebensverhältnisse sind aber in unserem Falle nicht nur als Rechtsquelle ungeeignet — selbst wenn man sie sonst als solche gelten lassen wollte — sie sind dem Gesagten zufolge auch für die Anwendung des geltenden Gesetzesrechtes, etwa in dem Sinne, daß bei der Gesetzesauslegung in Zweifelsfällen der größere praktische Wert der einen oder anderen Auslegungsmöglichkeit entschiede, unbrauchbar. Wir scheiden daher, wenn wir uns im Folgenden mit der aufgeworfenen Streitfrage beschäftigen, wenigstens für ihre prinzipielle Erledigung eine Rücksichtnahme auf praktische Lebensverhältnisse von vornherein aus und suchen die Entscheidung allein im Gesetz.

Eine eingehende Stellungnahme zu der Streitfrage des Zurückbehaltungsrechts am unpfändbaren Dienstlohne wird nicht umhin können, das Zurückbehaltungsrecht in seiner Anwendbarkeit auf den Dienstlohn überhaupt, also auch auf den pfändbaren, zu prüfen. Es liegt ferner nahe, auch die dem Zurückbehaltungsrecht mindestens verwandte „Einrede des nicht erfüllten Vertrages" in die Betrachtung einzubeziehen. Ja wir wollen unsere Aufgabe noch weiter stellen, und die Anwendbarkeit beider Rechtsbehelfe nicht nur auf den Dienstlohn, sondern auch auf die Dienstleistungspflicht prüfen! Andererseits wollen wir uns aber beschränken auf den Dienstvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die besonderen Vorschriften über den gewerblichen sowie über den Gesindedienstvertrag außer Acht lassen.

So werden denn im Folgenden zu betrachten sein: Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei den nach dem Dienstvertrage des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu gewährenden Leistungen.

Zuvor seien jedoch noch einige allgemeine Bemerkungen gestattet. Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages haben völlig gleichen Inhalt. Beide geben einem Verpflichteten, dem gegen den Berechtigten ebenfalls ein Anspruch zusteht, das Recht, die geschuldete Leistung einstweilen, nämlich so lange bis der Berechtigte seinerseits ebenfalls leistet, zu verweigern. Beide unterscheiden sich aber in den Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit. Während die Einrede des nicht erfüllten Vertrages voraussetzt, daß die beiden in Betracht kommenden Ansprüche aus dem gleichen gegenseitigen Vertrage entspringen, v e r l a n g t das die Anwendbarkeit des Zurückbehaltungsrechts nicht. Das Zurückbehaltungsrecht erfordert lediglich, daß beide Ansprüche aus „demselben rechtlichen Verhältnis" entspringen. Was das des Näheren bedeutet, kann hier dahingestellt bleiben; jedenfalls aber erfüllen zwei aus dem gleichen Vertrage entspringende Ansprüche — wie etwa der Dienstleistungs- und der Dienstlohnanspruch — diese Voraussetzung der „Konnexität". Gegenseitige Verträge — wie der Dienstvertrag — bieten demnach an sich weder dem Zurückbehaltungsrecht noch der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ein Hindernis.

Sind denn aber Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht überhaupt stets gegeben, wenn ihre allgemeinen in §§ 273 und 320 BGB. aufgeführten Voraussetzungen vorliegen? In § 320 gibt das Gesetz nur eine Vorschrift für die Auslegung des Parteiwillens. Denn es ist Sache der Parteien, das Verhältnis ihrer Ansprüche aus einem gegenseitigen Vertrage bei dessen Abschluß selbst zu regeln, wie schon aus dem Grundsatze der Vertragsfreiheit folgt. Nur für den Fall, daß sie eine ausdrückliche Regelung unterlassen, sagt das Gesetz in § 320 wie dann ihr Stillschweigen auszulegen ist. Dagegen enthält § 273 eine rein gesetzliche Bestimmung, für eine Betätigung des Parteiwillens ist hier zunächst gar kein Raum, da ja die hier in Betracht kommenden Ansprüche nicht aus e i n e m, ja überhaupt nicht aus einem Vertrage zu entspringen brauchen. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entsteht also aus dem Parteiwillen, die des Zurückbehaltungsrechts aus dem Gesetz. Handelt es sich so um zwei dem Grunde ihrer Geltung nach völlig verschiedene Institute, so ist auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages

nicht etwa eine Unterart des Zurückbehaltungsrechts.[1]) Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist nach dem Gesagten auch bei Vorliegen ihrer allgemeinen Voraussetzungen nicht gegeben, falls beide Parteien das vereinbart haben. Für das Zurückbehaltungsrecht aber kann sich ein Ausschluß bei Vorliegen seiner allgemeinen Voraussetzungen nur aus dem Gesetz ergeben, wie denn auch § 273 BGB. es ausdrücklich nur gegeben sein läßt, „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt". Ergibt sich nun für den Dienstvertrag ein Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts vermöge dieser „Generalklausel" des § 273 aus dem Gesetz, ein solcher der Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus der besonderen Natur der bei ihm stattfindenden Parteivereinbarungen?

Untersuchen wir zunächst die Anwendbarkeit beider Rechtsbehelfe bei dem Dienstleistungsanspruch und sodann bei dem Dienstlohnanspruch.

B. Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages beim Dienstleistungsanspruch.

I. Die Dienste, auf die sich der aus dem Dienstvertrage entspringende Dienstleistungsanspruch bezieht, können jeglicher Art sein; der Dienstvertrag kann sich heute auf die Tätigkeit des Handarbeiters wie des Gedankenarbeiters, auf operae liberales sowohl wie illiberales beziehen. Auch für die vorliegende Untersuchung ergibt der Gesichtspunkt des Unterschiedes in der sozialen Bewertung der auf Grund des Dienstvertrages geleisteten Dienste nichts. Die Art der zu leistenden Dienste kann uns aber in einer anderen Beziehung nicht gleichgültig sein. Und zwar erscheint eine einstweilige Verweigerung der Leistung, die ja — wie gesagt — den Inhalt des Zurückbehaltungsrechts sowohl wie der Einrede des nicht erfüllten Vertrages bildet, stets dann ausgeschlossen, wenn die Zeit Individualisierungsmoment der Leistung ist. Die Dienstleistung erstreckt sich nämlich immer auf einen mehr oder weniger langen Zeitraum, die Zeit hat daher bei ihr sehr oft eine stärkere Bedeutung als bei anderen Leistungen. Wenn z. B. jemand in einer Fabrik als Heizer einer Dampfmaschine angestellt ist, so kommt es dem Fabrikanten nicht

[1]) Anders Dernburg II, 1. § 57 Anm. 2. § 93. III. Endemann I. § 126. Hellwig, System § 102. I. 2c. Windscheid-Kipp II. § 321 S. 300 Nr. 3. Staudinger zu § 273 Anm. I, 1b. Für Verschiedenheit beider Rechtsinstitute aber: Crome, I. § 124 S. 547, namentl. Anm. 11. Lotmar, Der Arbeitsvertr. nach d. Privatr. d. Deutschen Reiches I. S. 423 Anm. 1. Sinzheimer, Lohn u. Aufrechnung S. 83.

darauf an, daß die Maschine überhaupt geheizt wird, sondern darauf, daß sie zu bestimmter Zeit, nämlich während des Fabrikationsbetriebes, geheizt wird. Ebenso kommt es der Dienstherrschaft eines Dienstmädchens nicht darauf an, daß überhaupt gewisse Verrichtungen geschehen, sondern, wann sie geschehen. Erfüllt aber in solchen Fällen, deren sich noch viele anführen ließen, der Dienstverpflichtete nicht zu der vertraglich vereinbarten Zeit, so verliert seine Dienstleistung für den Vertragsgegner allen Wert; die Einhaltung der Zeit ist hier Teil der Verpflichtung selbst, die durch sie einen bestimmten Charakter erhält.[1]) Der Dienstverpflichtete kann in solchen Fällen seine Leistung ebensowenig „einstweilen zurückbehalten" als er die Zeit selbst aufhalten kann. Erfüllt er nicht innerhalb der vereinbarten Zeit, so versetzt er sich in die Unmöglichkeit der Leistung. Es erscheint daher in diesen Fällen das Zurückbehaltungsrecht durch die oben wiedergegebene Generalklausel des § 273, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aber durch Parteivereinbarung ausgeschlossen. Wann aber die Zeit Individualisierungsmoment der Leistung ist, das ist natürlich Auslegungsfrage.[2])

Zunächst werden die Parteien die Einhaltung einer bestimmten Zeit schon dann oft als Leistungsinhalt haben vereinbaren wollen, wenn es sich um eine sehr dringliche Leistung handelt. So wird man in vielen Fällen annehmen können, daß die Tätigkeit des Arztes am Bette des Schwerkranken, die des Rechtsanwaltes im Prozesse derartig an die Einhaltung einer mehr oder weniger bestimmten Zeit gebunden ist, daß eine einstweilige Verweigerung der Leistung zur Nichtleistung wird. Es wird aber hier immer sehr auf den einzelnen Fall ankommen und den Grad der jedesmaligen Dringlichkeit.

Aber wir können eine ganze Kategorie von Dienstverträgen aufstellen, in denen die Zeit stets Individualisierungsmoment der Leistung ist. Die Dienstverträge lassen sich nämlich einteilen in solche, die Dienstleistungen zum Gegenstande haben, welche nur kurze Zeit in Anspruch nehmen

[1]) Daß bei einer Unterlassungspflicht die Zeit Individualisierungsmoment der Leistung sein kann, betont auch Endemann I. § 126 Anm. 13 u. in jüngster Zeit Zitelmann (in d. Festgaben d. Bonner jur. Fakult. f. P. Krüger S. 270 fg.), der das aber ausdrücklich auch auf die Verpflichtung zu einem positiven dauernden Tun ausdehnt.

[2]) Ebenso Sinzheimer a. a. O. S. 57. Für den Arbeitsvertrag nimmt Loening (Art. „Arbeitsvertragsbruch" im Handwörterb. d. Staatsw.) an, daß aus seinem Begriff schon folge, daß die Einhaltung der Arbeitszeit Leistungsbestandteil sei. Das dürfte zu weit gehen; s. auch die Literatur z. d. Frage bei Sinzheimer S. 45.

und bei denen daher auch der Dienstlohn nur einmal und sofort in voller Höhe gezahlt werden soll, und solche, bei denen sich die Dienste auf längere Zeit erstrecken sollen und der Dienstlohn daher in einzelnen Raten gezahlt werden soll. Im letzteren Falle wollen wir von einem ständigen Dienstvertrage reden. Dieser ständige Dienstvertrag kann nun wieder auf bestimmte oder auf unbestimmte Zeit geschlossen sein, er kann den Dienstleistenden zur ununterbrochenen — d. h. nur durch Ruhepausen und Feiertage unterbrochenen — oder zur nur zeitweiligen, also unterbrochenen Dienstleistung verpflichten. Im letzteren Falle, wenn sich also z. B. jemand verpflichtet, wöchentlich in einer bestimmten Zahl getrennt liegender Stunden Dienste zu leisten, etwa Unterricht zu erteilen, wird die Zeit nur selten als Individualisierungsmoment der Leistung gedacht sein. Wer etwa in einer Woche in zwei einzelnen Stunden Klavierunterricht wünscht, dem wird es gleichgültig sein, ob er einmal am Montag oder Dienstag unterrichtet wird. Ist aber jemand verpflichtet, seine g a n z e Arbeitskraft a u f u n b e s t i m m t e Z e i t u n d u n u n t e r b r o c h e n zur Dienstleistung zu verwenden, wie z. B. das Dienstmädchen, so bedeutet das unter allen Umständen, daß die Einhaltung der Zeit für die zu leistenden Dienste als Leistungsinhalt vereinbart ist. Denn der Dienstverpflichtete kann nun nicht aussetzen und die dadurch versäumten Dienste nachholen, die Zeit, die er zur Nachholung benutzen würde, muß er ja zur Leistung der für sie bestimmten sonstigen Dienste benutzen.

II. Gibt es aber für die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts oder einer Einrede des nicht erfüllten Vertrages kein anderes Hindernis als das besprochene in der besonderen Art gewisser Dienste begründete?

Die Geltendmachung beider Rechtsbehelfe hat eine „Zug um Zug-Leistung" zur Folge, d. h. der Schuldner braucht nur gegen Bewirkung der ihm gebührenden Leistung zu erfüllen, beide Leistungen haben g l e i c h z e i t i g zu erfolgen. Nun bestimmt aber § 614 Satz 1 BGB. für den nicht ständigen Dienstvertrag, daß die Vergütung erst n a c h Leistung der Dienste zu entrichten sei. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erscheint damit bei der Dienstleistung aus einem nicht ständigen Dienstvertrage ohne weiteres ausgeschlossen. Das Gleiche gilt vom Zurückbehaltungsrecht, soweit es sich lediglich auf den Dienstlohnanspruch stützt.

Ein Zurückbehaltungsrecht wegen a n d e r e r Ansprüche des Dienstverpflichteten, mögen sie sich nun aus dem Dienst-

vertrage oder aus einem anderen Grunde ergeben, erscheint natürlich unter den allgemeinen Voraussetzungen denkbar.

Wie aber steht es mit der Anwendbarkeit beider Rechtsbehelfe auf die Dienstleistung aus dem ständigen Dienstvertrage?

Beim ständigen Dienstvertrage wird nach § 614 Satz 2 vermutet, daß der Dienstverpflichtete die in jedem Zeitabschnitte zu leistenden Dienste vor Entrichtung der darauf entfallenden Vergütung zu leisten habe. Dadurch wird es dem Gesagten zufolge dem Dienstverpflichteten unmöglich gemacht, einen der beiden Rechtsbehelfe darauf zu stützen, daß der Dienstberechtigte den Dienstlohn für die noch zu leistenden Dienste verschulde. Kann aber der Dienstverpflichtete wegen des noch nicht erhaltenen Dienstlohnes für bereits geleistete Dienste seine künftigen Dienste zurückbehalten? Diese Dienste stehen zu jenem Lohne in keinem Vor- bezw. Nachleistungsverhältnisse. Insbesondere bezieht sich ja § 614 S. 2 nur auf das Verhältnis der in denselben Zeitabschnitten zu leistenden Dienste und Vergütungen. Folglich hat der Dienstverpflichtete wegen des bereits verdienten Dienstlohnes zweifellos ein Zurückbehaltungsrecht — soweit dasselbe nicht dem Gesagten zufolge durch die Art der zu leistenden Dienste ausgeschlossen erscheint. Ob er aber auch deswegen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hat, ist bestritten.[1]) Die Frage, die bei der erörterten Gleichheit im Inhalte beider Rechtsinstitute lediglich theoretische Bedeutung hat, ist m. E. zu verneinen. Beim ständigen Dienstvertrage kann man nämlich wie bei jedem Dauervertrage (man denke z. B. noch an den Miet- oder den Suksessivlieferungsvertrag) die Gesamtleistung jeder Partei als eine einheitliche betrachten, so daß sich nur zwei Leistungen gegenüberstehen.[2]) Man kann aber auch die Einzelleistungen jeder Partei als selbständige Leistungen auffassen.[3]) Auf den Dienstvertrag angewandt heißt das: entweder steht der gesamte während der gesamten Vertragsdauer vom Dienstberechtigten zu leistende Dienstlohn den gesamten in dieser Zeit zu leistenden Diensten gegenüber, oder aber der in einem jeden Zeitabschnitt zu zahlende Dienstlohn den gerade in diesem Zeitabschnitt zu leistenden Diensten. Nach der ersteren

[1]) Vgl. Oertmann zu § 614 BGB. Anm. 1. Lotmar a. a. O. I. S. 372.

[2]) So Oertmann 3/4 Aufl. zu § 614 u. § 320 Anm. 4 (anders dagegen in d. früheren Aufl. zu § 614). Ferner Müller, D. Sukzessivlieferungsvertrag in Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 518 Anm. 11. Entsch. d. RG.s Bd. 68 S. 22.

[3]) So anscheinend Entsch. d. RG. Bd. 61 S. 128.

Auffassung steht dem Dienstverpflichteten zweifellos eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages bezüglich der noch zu leistenden Dienste wegen bereits verdienten Lohnes zu, nach der letzteren Auffassung stehen jene Dienste aber nicht diesem Lohne als Gegenleistung gegenüber, es ist daher kein Raum für eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages, die ja nicht etwa lediglich „konnexe" sondern einander als Äquivalent gegenüberstehende Leistungsverpflichtungen voraussetzt.[1]) M. E. ist die letztere Auffassung die richtigere. Ihr widerspricht nicht die „Einheitlichkeit des Vertragszweckes", wie Oertmann meint. Der Vertragszweck wird doch davon garnicht berührt, ob man die einstweilige Verweigerung von Diensten nur auf Grund eines Zurückbehaltungsrechts oder auch einer Einrede des nicht erfüllten Vertrages zuläßt. Dagegen entspricht es durchaus der Lebensauffassung, jede Rate des Dienstlohnes als selbständiges Entgelt für die während der betreffenden Lohnperiode zu leistenden Dienste anzusehen. Demnach kann dem Dienstverpflichteten wegen des bereits verdienten Dienstlohnes eine Zurückbehaltung von Diensten nur auf Grund eines Zurückbehaltungsrechts, nicht auch einer Einrede des nicht erfüllten Vertrages gestattet werden.[2])

Daß das Zurückbehaltungsrecht dem Dienstverpflichteten beim ständigen Dienstvertrage nicht nur wegen des verdienten Lohnes, sondern auch wegen anderer konnexer Gegenansprüche zustehen kann, bedarf wohl keiner Erörterung.

Wir kommen demnach zu dem Schluß, daß der Dienstverpflichtete eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages weder beim nicht ständigen noch beim ständigen Dienstvertrage, ein Zurückbehaltungsrecht aber beim ständigen Dienstvertrage wegen bereits verdienten Lohnes und bei beiden Arten des Dienstvertrages möglicherweise wegen eines anderen als des auf dem Dienstvertrage beruhenden Dienstlohnanspruches hat.

C. Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei der Dienstlohnleistung.

I. Wenden wir uns nunmehr zu der Frage, ob und inwieweit der Dienstlohn, die für die Dienste des Dienstverpflichteten vom Dienstberechtigten zu zahlende Vergütung,

[1]) S. auch Entsch. d. RG.s Bd. 54 S. 125. Neumann, Handausgabe zu § 320 Anm. 1a.

[2]) Ebenso Lotmar I. S. 373, anders Krahmer, Gegenseitige Verträge S. 89 u. Oertmann a. a. O.

Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts oder der Einrede des nicht erfüllten Vertrages sein kann!

Daß bei der Dienstlohnleistung des nicht ständigen Dienstvertrages für ein Zurückbehaltungsrecht wegen des Dienstleistungsanspruches oder eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages kein Raum ist, ergibt sich wieder aus § 614 Satz 1. Die Parteien des Dienstvertrages haben eben nicht „Zug um Zug"-Leistung vereinbart, sondern N a c h leistung des Dienstberechtigten. Dieser hat also keine Einrede des nicht erfüllten Vertrages, sondern ein viel weitergehendes Recht. Auch das Zurückbehaltungsrecht erscheint der Vorleistungspflicht des Gegners gegenüber als durch die „Natur des Rechtsverhältnisses" ausgeschlossen. Wenn aber auf die Klage des Dienstverpflichteten, der selbst noch nicht geleistet hat, der Dienstberechtigte dennoch erklärt, er mache ein Zurückbehaltungsrecht geltend, so hat das nicht etwa seine Verurteilung Zug um Zug zur Folge, sondern Abweisung der Klage als zur Zeit unbegründet. Denn dem Beklagten steht ja der vermeintliche Rechtsbehelf, der die erstere Form des Urteils zur Folge haben würde, gar nicht zu. Aus seinem Vorbringen aber folgt einerseits, daß der klagende Dienstverpflichtete seiner Vorleistungspflicht noch nicht nachgekommen, sein Anspruch also noch nicht fällig ist, andererseits, daß der Beklagte nicht, jedenfalls noch nicht sofort leisten will.

Wegen eines anderen als des Dienstleistungsanspruchs ist natürlich ein Zurückbehaltungsrecht an dem Dienstlohne des nicht ständigen Dienstvertrags denkbar.

Demnach ist z. B. die Honorarklage eines Arztes, der sich verpflichtet hat, eine Operation vorzunehmen, diese aber noch nicht wirklich ausgeführt hat, ganz abzuweisen, und zwar selbst, wenn der beklagte Patient aus der Nichtvornahme der Operation lediglich ein Zurückbehaltungsrecht oder eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages herleiten zu wollen erklärt.

Beim ständigen Dienstvertrage kann der Dienstlohnanspruch jedenfalls nicht insoweit Gegenstand eines Zurückbehaltungsrechts oder einer Einrede des nicht erfüllten Vertrages sein, als der Dienstberechtigte diese Rechtsbehelfe etwa auf Leistung der Dienste für die gleiche Periode stützen wollte. Auch hier ist ja „Zug um Zug"-Leistung nicht am Platze.

Es darf also z. B. auf die Klage eines Arbeiters, der mit seinem Dienstherrn wöchentliche Lohnzahlung vereinbart hat und der nun Zahlung des Lohnes für eine Woche verlangt, in der er nicht gearbeitet hat, selbst dann keine Verurteilung

des Dienstherrn zur „Zug um Zug"-Leistung erfolgen, wenn dieser ein Zurückbehaltungsrecht oder eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend zu machen erklärt, die Klage ist vielmehr auch hier wieder ganz abzuweisen.

Weiterhin kann aber der Dienstlohn beim ständigen Dienstvertrage auch nicht wegen der in einer späteren Periode zu leistenden Dienste zurückbehalten werden. Für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ergibt sich das wieder aus der Überlegung, daß sich der oben vertretenen Ansicht zufolge hier nicht Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen. Dem Zurückbehaltungsrecht steht aber nicht etwa entgegen, daß ich oben (S. 14) gerade dem Dienstverpflichteten bereits ein Zurückbehaltungsrecht an diesen Diensten wegen jenes Lohnes zugebilligt habe. Denn es ist sehr wohl möglich, daß beide Parteien das Zurückbehaltungsrecht haben. Wohl aber geht aus § 614 S. 2 hervor, daß der Dienstberechtigte den Lohn nicht nur jedesmal erst nach dem Ablauf der Zeitabschnitte, also nach Leistung der entsprechenden Dienste, sondern auch, daß er ihn vor Leistung der zukünftigen Dienste zu entrichten hat, daß er also ihretwegen den bereits verdienten Lohn nicht zurückbehalten darf. Somit darf in dem zuletzt gewählten Beispiel der Dienstherr dem Arbeiter wegen der versäumten Woche jedenfalls nicht den Lohn für eine vor dieser liegende Arbeitswoche verweigern.

Endlich kann der Dienstlohnanspruch auch nicht Gegenstand einer Einrede des nicht erfüllten Vertrages sein, wenn diese sich auf den Dienstlohnanspruch für eine frühere Periode stützen soll. Auch hier wieder könnte ja nicht von gegenüberstehenden Leistungen gesprochen werden. Dagegen ist ein Zurückbehaltungsrecht am Dienstlohn wegen der in einer früheren Periode zu leistenden Dienste möglich. Ist die Nachholung versäumter Dienste deshalb unmöglich, weil die Zeit, in der sie geschehen sollen, als Bestandteil der Leistung erscheint, so wird aber dadurch das Zurückbehaltungsrecht am Dienstlohne nicht wie dasjenige an der Dienstleistung ausgeschlossen. Denn an Stelle des Anspruches auf die Leistung der Dienste ist ja nun ein Schadensersatzanspruch wegen verschuldeter Unmöglichkeit getreten (§ 325 BGB.), und dieser wird nun durch das Zurückbehaltungsrecht gesichert. Das Zurückbehaltungsrecht am Dienstlohne steht jedoch dem Dienstberechtigten nicht nur wegen seines Anspruches auf bereits in einer früheren Periode zu leistende Dienste sondern auch wegen sonstiger konnexer Ansprüche zu. In beiden Fällen aber ist es auch hier wieder beschränkt

auf den bereits verdienten Dienstlohn, da es ja der Dienstberechtigte sonst gar nicht nötig hat.

Das Resultat der bisherigen Erörterung ist also:

1. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist beim Dienstvertrage überhaupt ausgeschlossen.
2. Das Zurückbehaltungsrecht steht den Parteien des Dienstvertrages nur beschränkt zu, und zwar:
   a) dem Dienstverpflichteten an der Dienstleistung nur soweit nicht die Natur der zu leistenden Dienste entgegensteht (Näheres oben S. 10 f.), und ferner:
      aa) beim nicht ständigen Dienstvertrage: nicht wegen des Gegenanspruches auf Leistung der Vergütung, sondern nur wegen anderer konnexer Ansprüche;
      bb) beim ständigen Dienstvertrage:
         α) wegen des Anspruches auf Dienstlohn nur soweit er bereits verdient ist;
         β) wegen anderer d. h. nicht auf Leistung der Vergütung gerichteter konnexer Ansprüche;
   b) dem Dienstberechtigten an der für die Dienste zu leistenden Vergütung nur soweit diese bereits vom Dienstverpflichteten verdient sind, und ferner:
      aa) beim nicht ständigen Dienstvertrage überhaupt nicht wegen des Gegenanspruches auf Dienstleistung sondern nur wegen eines anderen konnexen Anspruches;
      bb) beim ständigen Dienstvertrage:
         α) wegen des Anspruches auf Dienstleistung nur soweit die Dienste bereits in einer früheren Periode zu leisten waren;
         β) wegen sonstiger d. h. nicht auf Dienstleistung gehender konnexer Ansprüche.

Der letztere Fall, also das Zurückbehaltungsrecht des Dienstberechtigten am bereits verdienten Dienstlohne beim ständigen Dienstvertrage wegen eines nicht auf die Dienstleistung gehenden Anspruches soll uns im Folgenden noch weiter beschäftigen. Denn auch dies Zurückbehaltungsrecht soll ja, wovon die vorliegende Abhandlung ausging, nach Ansicht vieler ausgeschlossen sein, soweit der Dienstlohn unpfändbar ist.

D. Das Zurückbehaltungsrecht am unpfändbaren Dienstlohne.

I. Das Lohnbeschlagnahmegesetz vom 21. Juni 1869 in seiner Fassung vom 29. März 1897 bestimmt in § 1, daß die Vergütung für Arbeiten oder Dienste, welche auf Grund eines Arbeits- oder Dienstvertrages geleistet werden, sofern dies Verhältnis die Erwerbstätigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, zum Zwecke der Sicherstellung oder Befriedigung eines Gläubigers erst dann mit Beschlag belegt werden kann, nachdem die Leistung der Arbeiten oder Dienste erfolgt und nachdem der Tag, an dem die Leistung der Vergütung zu erfolgen hatte, abgelaufen ist, ohne daß sie der Vergütungsberechtigte eingefordert hat. In § 4 Ziffer 4 sagt dasselbe Gesetz dann, daß es keine Anwendung finde, insoweit der Gesamtbetrag der Vergütung die Summe von 1500.— Mk. für das Jahr übersteige. In § 394 S. 1 bestimmt endlich das BGB., daß, soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, die Aufrechnung gegen sie nicht stattfinde.

Damit ist die sedes materiae gegeben. Grenzen wir das Schlachtfeld für den Streit ab, so ersehen wir aus den angezogenen Bestimmungen ohne weiteres, daß es sich nur handeln kann um das Zurückbehaltungsrecht am noch nicht vom Dienstverpflichteten eingeforderten Dienstlohne aus einem ständigen Dienstvertrage, der den Dienstverpflichteten ganz oder doch hauptsächlich in Anspruch nimmt. Denn nur dieser Dienstlohn kommt als unpfändbar in Betracht. Da wir aber bereits fanden, daß es ein Zurückbehaltungsrecht am noch nicht verdienten, also noch nicht fälligen Dienstlohne jedenfalls nicht gibt, so können wir noch enger sagen, daß es sich nur handeln wird um den bereits verdienten Dienstlohn der genannten Art.

Die Theorie hat sich wohl in einer wenn auch nicht gerade überwiegenden Mehrheit für ein Zurückbehaltungsrecht an einem solchen Dienstlohne erklärt. Die Praxis hat, abschon es sich doch um eine täglich vor das Forum der Gerichte, namentlich der Gewerbegerichte, gebrachte Materie handelt, ein anerkanntes Ergebnis ebenfalls nicht gezeitigt. So hat z. B. das Landgericht Berlin bis zum Jahre 1905 das Zurückbehaltungsrecht am unpfändbaren Dienstlohne stets verneint, seitdem aber regelmäßig bejaht.[1]) Umgekehrt hat es das Oberlandesgericht Marienwerder in mehreren Ent-

[1]) Wenigstens noch im Jahre 1909. Vgl. Auerswald in d. Deutschen Jur. Zeitung 1909 S. 630 fg.

scheidungen anerkannt, es später aber in einer eingehenden Entscheidung [1]) verneint.

Es würde hier nicht möglich sein, jeden Schriftsteller und jedes Urteil, das sich mit der Frage befaßt, eingehend zu berücksichtigen. Verneint wird das Zurückbehaltungsrecht am unpfändbaren Dienstlohne bald ohne Rücksicht auf die Art der Gegenforderung, und zwar sowohl bei Gleichartigkeit wie Ungleichartigkeit ihres Gegenstandes mit dem Dienstlohne — also sowohl bei auf Geldzahlung gerichteten wie sonstigen Gegenforderungen — bald aber auch nur bei gleichartigen also auf Geldzahlung gehenden Gegenforderungen. Eine Übersicht über die vorhandene Literatur stellt sich folgendermaßen dar:

1. Gegen ein Zurückbehaltungsrecht am unpfändbaren Dienstlohne wegen gleichartiger sowohl wie ungleichartiger Gegenforderungen haben sich ausgesprochen:
   Auerswald in DJZ. 1909 S. 630 fg. (das Zurückbehaltungsrecht gegenüber Lohnforderungen), sowie in Soz. Praxis 1909, 18. Jahrg. S. 247, und in Gew.-Gericht 1909 Bd. 14 S. 166. Cordes in Jur. Woch. 1907 S. 383 fg. Aufrechnung und Zurückbehaltung gegenüber Lohnforderungen. Fuld in Seufferts Bl. f. Rechtsanw. 1901 Bd. 66 S. 77 fg. (104), Die Aufrechnung gegenüber Lohnf. Goldmann zu § 59 HGB. Anm. 3. Lippmann in Jherings Jahrb. 1901 Bd. 43 S. 435 fg. (543—545), Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung. Löwenbach im Recht 1901 S. 586 fg. Lohnaufrechnung oder Lohnzurückbehaltung. Siegel Der gewerbl. Arbeitsvertrag nach dem BGB. 1903 S. 116 und im Gew.-Gericht 6. Jahrg. S. 39. Sinzheimer Lohn und Aufrechnung, Berlin 1902 S. 79 fg. (eingehend) ferner im Recht 1903 S. 426: Das Kammergericht und die Frage nach der Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts an unpfändbaren Lohnforderungen. Stadthagen Das Arbeiterrecht S. 183. Wallroth im Arch. für Bürgerl. Recht 1904 Bd. 24 S. 250 fg. Die Versuche einer Durchbrechung des Lohnaufrechnungsverbots (hier wird aber das Zurückbehaltungsrecht nur dann auch wegen ungleichartiger Gegenforderungen verworfen, wenn diese eine „pekuniäre Aufwendung“

[1]) Abgedruckt bei Baum, Handbuch f. Gewerbe- u. Kaufmannsgerichte 1912 S. 613 u. im Gew.- u. Kaufm.-Gericht Jahrg. 15 Sp. 161. Das Urteil nennt auch die früheren gegenteiligen Entsch. desselben Gerichts.

erfordern). Wölbling Der Akkordvertrag und der Tarifvertrag 1908 S. 185 fg. Wolff im Arch. für Bürgerl. Recht 1905 Bd. 26 S. 315 fg. Darf das Zurückbehaltungsrecht in den Fällen geltend gemacht werden, in denen die Aufrechnung verboten ist?

2. Gegen ein Zurückbehaltungsrecht am unpfändbaren Dienstlohne wegen gleichartiger Gegenforderungen haben sich erklärt:

Baum in d. Bl. für Rechtspflege im Bez. des Kammergerichts 1902 S. 45. Endemann Lehrb. Bd. 1 § 145 Anm. 25. Elster Lexikon des Arbeiterrechts S. 415. v. Frankenberg in der Soz. Praxis 1900 9. Jahrg. S. 366. Der Arbeitsvertrag nach dem Bürgerl. Gesetzb. Fröhlich in der Jur.-Woch. 1903 S. 118 fg. Lohnanspruch und Zurückbehaltungsrecht. Fromherz in der Deutschen Jur.-Zeitung 1907 Sp. 1248 Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht gegenüber Gesindelohnforderungen. Heumann Aufrechnung und Zurückbehaltung gegenüber Lohnforderungen, Rostocker Diss. 1912. v. Landmann Komm. zur Gewerbeordnung zu § 115 Anm. 2i Abs. 2. Olshausen in Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 456. Prenner, Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach Deutschem Recht, München 1902, S. 20. Rohmer im Preuß. Verwaltungsbl. 22. Jahrg. S. 270 fg. Sinzheimer (s. auch oben unter 1). Ulrichs, Das Recht der Zurückbehaltung und Aufrechnung beim gewerbl. Arbeitsvertrag 1910. Wagler im Gewerbe-Gericht 1900 Bd. 6 S. 35 fg. (Referat für den Verbandstag Deutscher Gewerbe-Gerichte in Mainz 1900). Wallroth (s. auch oben unter 1).

N. B. Sinzheimer und Wallroth, die bereits oben unter 1. aufgeführt sind, werden hier unter 2. nochmals genannt, weil sie für den Fall der Ablehnung ihres zunächst eingenommenen Standpunktes (völlige Ablehnung des Zurückbehaltungsrechtes) sich auch über das Zurückbehaltungsrecht wegen gleichartiger Gegenforderungen eingehend äußern.

Ferner haben sich folgende Urteile gegen ein Zurückbehaltungsrecht am unpfändbaren Dienstlohne ausgesprochen: Oberlandesgericht Stettin v. 10. Jan. 1905 (im Recht 1905 Nr. 1268 und in der Posener Monatsschr. 1905 S. 43). OLG. Dresden v. 8. April 1908 (Entsch. der OLG. Bd. 18 S. 1 und bei Baum, Handbuch S. 617). OLG. Marienwerder v.

29. Okt. 1909 (Gewerbe- und Kaufmannsgericht 15. Jahrg. Sp. 161 und bei Baum S. 617). Amtsgericht Cöln v. 24. Febr. 1900 (bei Baum S. 612). Gewerbegericht Stuttgart v. 2. Febr. 1900 (bei Baum S. 612). Gewerbegericht Berlin v. 20. Aug. 1905 (Gewerbe- und Kaufmannsgericht 14. Jahrg. Sp. 146). Gewerbegericht München v. 6. April 1907 (a. a. O. S. 147).

Es muß übrigens bemerkt werden, daß die unter 2) genannten Schriftsteller und Urteile nicht immer genau erkennen lassen, ob sie das Zurückbehaltungsrecht nur bei gleichartigen oder auch bei ungleichartigen Gegenforderungen verneinen.

3. Für ein Zurückbehaltungsrecht am unpfändbaren Dienstlohne sind eingetreten:

Burchard in d. DJZ. 1902 Sp. 262. Streitfragen des Arbeitsvertrages. Breuer, Das Zurückbehaltungsrecht des BGB. Bonner Diss. 1904 S. 27. Du Chesne im Sächs. Arch. Bd. 9 S. 686. Cosack, Lehrb. I, S. 322. Crome, Lehrbuch II § 192 Anm. 40. Dernburg, Kompensation und Retention S. 365, Lehrbuch II, 1 § 59. Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch I § 249. Goldschmidt, Lehrbuch des Handelsrechts I S. 962. Gordon in Gesetz und Recht Bd. 9 S. 301, ebenso in der Bayr. Zeitschr. für Rechtspflege 1907 S. 57 und 75. Langheineken, Anspruch und Einrede 1903 S. 327 fg. und 113. Loennis in der Posener Monatsschr. 1909. Meyer, Das Recht der Beschlagnahme von Lohn- und Gehaltforderungen 1900 S. 41. Neukamp, Gewerbeordnung S. 260. Oertmann zu § 273 BGB. Anm. 4. Pappenheim in d. DJZ. 1902, Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber Lohnforderungen (eingehend). Planck zu § 273 Anm. 2 aγ. Reichert in Gew.- und Kaufm.-Gericht 13. Jahrg. Sp. 221, Aufrechnung und Zurückbehaltung in prozessualer Behandlung. Kommentar von Reichsgerichtsräten zu § 273 Anm. 1. Rohs in der Jur.-Woch. 1902 S. 602, Lohnanspruch und Zurückbehaltungsrecht. Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht 1904. Schmelzle in Seufferts Bl. für Rechtsanwendung Bd. 66 S. 293, Verbot der Aufrechnung bei Lohnforderungen und Zurückbehaltungsrecht. Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch zu § 59 Anm. 47 Nr. 5. Staudinger zu § 273 BGB. Anm. I, 1.

Ferner folgende Urteile:
Reichsgericht (3. Zivilsenat) v. 17. Febr. 1903 (Entsch. des RGs. Bd. 55 S. 1 und Jur.-Woch. 1903 Beil. 7 S. 49— beide Male ist die Stellungnahme des RGs. allerdings nicht ersichtlich; s. aber oben S. 6 Anm. 1). Oberlandesgericht Rostock v. 21. Nov. 1902 (DJZ. 1902 S. 448. Entsch. der OLGe. Bd. 4 S. 28). Oberlandesgericht Kiel v. 27. Okt. 1902 (Entsch. der OLG. Bd. 6 S. 225 — das Urteil wurde bestätigt durch das oben genannte Urteil des RGs. vom 17. Febr. 1903). Oberlandesgericht Cöln v. 31. Okt. 1902 (Entsch. der OLGe. Bd. 5 S. 456). Kammergericht (8. Zivils.) v. 14. März 1903 (Entsch. der OLGe. Bd. 6 S. 423). Oberlandesgericht Marienwerder v. 15. April 1904 und vom 29. Sept. 1908 (s. aber oben unter 2. das spätere auf dem entgegengesetzten Standpunkt stehende Urteil). Oberlandesgericht Colmar vom 4. Mai 1906 (Gewerbe- und Kaufm.-Gericht 15. Jahrg. Sp. 656). Oberlandesgericht Königsberg vom 21. Juni 1912 (Posener Monatsschr. 1912 S. 95). Landgericht Bremen vom 13. Jan. 1912 (Gewerbe- und Kaufm.-Gericht 18. Jahrg. 1912 Nummer v. 1. Okt. 1912). Gewerbegericht Rostock vom 31. Jan. 1901 (Gewerbe-Gericht 6. Jahrg. Sp. 116). Gewerbe-Gericht Stettin vom 18. Aug. 1908 (Gewerbe- und Kaufm.-Gericht 14. Jahrg. Sp. 148). Gewerbe-Gericht Lennep vom 13. Juli 1912 (Gewerbe- und Kaufm.-Gericht 18. Jahrg. 1912 Nummer vom 1. Okt. 1912).

Sieht man sich in der zahlreichen Literatur über das Zurückbehaltungsrecht am unpfändbaren Dienstlohne danach um, mit welcher Begründung es verneint wird, so findet man, daß sie in zweifacher Gestalt immer wiederkehrt: einmal nämlich wird sie dem § 273 BGB., ein ander Mal aber dem soeben angezogenen § 394 BGB. entnommen.

II. M. E. ergibt sich aber aus § 273 BGB. kein Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes am unpfändbaren Dienstlohne.

Wenn allerdings § 273 BGB. das Zurückbehaltungsrecht nur gibt, „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt", so kann man diese „Generalklausel" zwar nicht auf den Fall beschränken, daß der Zurückbehaltende zur Vorleistung verpflichtet ist.[1]) Ob das BGB. in seiner ursprünglichen Fassung diese Beschränkung beabsichtigte oder

[1]) Wie das fälschlich Pappenheim a. a. O. tut.

nicht, mag dahingestellt bleiben, jedenfalls ist sie aus der heutigen Fassung des § 273 nicht zu entnehmen.[1]) Die Generalklausel des § 273 schließt vielmehr das Zurückbehaltungsrecht stets dann aus, wenn das der typischen oder der durch die Umstände des einzelnen Falles gegebenen Natur des Schuldverhältnisses entspricht.[2])

Behauptet man aber einmal, daß die Natur des Dienstvertrages oder des Dienstlohnanspruches das Zurückbehaltungsrecht an dem letzteren, soweit er unpfändbar ist unter Vermittlung der Generalklausel des § 273 ausschließe, so muß man das sowohl bei gleichartigen wie bei ungleichartigen Gegenansprüchen gelten lassen. Denn diese Ansicht läßt sich nicht etwa deshalb, wie Geib meint,[3]) auf den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts wegen gleichartiger Gegenansprüche beschränken, weil etwa nur solche die bare Auszahlung des verdienten Lohnes am Lohntage hinderten, die doch durch das Gesetz gesichert werden solle. Denn diese Zahlung wird doch durch jede Zurückbehaltung gehindert, mag sie sich nun auf eine gleichartige oder ungleichartige Gegenforderung stützen. Auch eine Einschränkung des Ausschlusses des Zurückbehaltungsrechts auf diejenigen Fälle, in denen der Gegenanspruch des Dienstberechtigten den Dienstverpflichteten mindestens zu „pekuniären Aufwendungen" zwingt, ohne daß er notwendig selbst auf Geldleistung ginge, wie Wallroth[4]) sie verteidigt, erscheint von diesem Standpunkte aus inkonsequent. Man wird vielmehr von ihm aus dem Dienstberechtigten das Zurückbehaltungsrecht sowohl versagen müssen, wenn er einen Geldanspruch — also etwa auf Ersatz versäumter Dienste oder gemäß § 249,2 BGB. auf Ersatz beschädigten Arbeitsgerätes in Geld — als wenn er einen andersartigen Anspruch — also etwa auf Ausbesserung des beschädigten Arbeitsgeräts oder auf Herausgabe ihm gehöriger Musterkoffer, Warenproben u. dergl. — erhebt, kurz: man wird es ihm ohne Rücksicht auf den Inhalt seiner Gegenforderung versagen müssen. Diese letztere Konsequenz wird denn auch meistens gezogen. So z. B. von Wolff,[5]) der die Anwendung der Generalklausel des § 273 auf die Zurückbehaltung unpfändbaren Dienstlohnes deshalb für geboten hält, weil bei diesem noch

[1]) So auch Wallroth a. a. O. S. 263.
[2]) So auch Matthias § 69 I C. Sinzheimer, Lohn u. Aufrechnung S. 78.
[3]) Geib a. a. O. S. 17.
[4]) Wallroth a. a. O. S. 267. Dagegen: Wagler in Gew.-Ger. 6. Jahrg. S. 35.
[5]) Vgl. Wolff a. a. O. S. 318.

nicht einmal der Arrest gestattet sei; in einem solchen Falle dürfe „das noch weit wirksamere Mittel der eigenen Sicherung durch Retention noch weniger zulässig sein." Dagegen ist aber zu bemerken, daß der Arrest aber auch nicht wie das Zurückbehaltungsrecht durch so eng umgrenzte Voraussetzungen eingeschränkt, sondern an sich schon viel eher gegeben ist. Sein Ausschluß erscheint daher beim Dienstlohne doch wohl angebrachter noch als derjenige des Zurückbehaltungsrechts.

Sinzheimer,[1]) dem sich Wallroth und Wagler mehr oder weniger anschließen und dessen Ausführungen wohl am meisten Beachtung verdienen, ist bezüglich desjenigen Dienstvertrages, der sich als Arbeitsvertrag darstellt, um deswillen der Ansicht, daß seine Natur das Zurückbehaltungsrecht am unpfändbaren Dienstlohne ausschließe, weil es „nur da" gelte, „wo gleichwertige Ansprüche sich gegenüberstehen, nicht aber da, wo die Befriedigung des einen Anspruches wichtiger ist, als die des anderen." Die Generalklausel des § 273 bringt nämlich nach Sinzheimer das Prinzip des Schutzes des „überwiegenden Interesses" zur Geltung. Dies Prinzip entnimmt Sinzheimer den im Gesetz bestimmten ausdrücklichen Ausnahmen vom Zurückbehaltungsrecht, so den §§ 107 Satz 3 112 Abs. 2 und 113 Abs. 1 Gew.-O., die dem Arbeitgeber ein Zurückbehaltungsrecht am Arbeitsbuch oder am Zeugnis des Arbeiters versagen, sowie dem § 139 Abs. 2 des Invalidenversicherungsgesetzes, der dem Arbeitgeber die Zurückbehaltung der Quittungskarte nach Einkleben der Marken verbietet (S. heute § 1425 RVO.) und endlich dem § 556 Abs. 2 BGB., der dem Mieter eines Grundstückes ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Ansprüche gegen den Vermieter versagt. Wie in diesen Fällen, so soll aber auch beim gewerblichen unpfändbaren Dienstlohnanspruche nach Sinzheimer ein die Interessen des Arbeitgebers übersteigendes Interesse des Arbeitnehmers an der pünktlichen Lohnzahlung die Zurückbehaltung ausschließen. Denn nach ihm ist es „keine Frage", daß der Dienstlohnanspruch nach heutigem Recht gegenüber dem Dienstleistungsanspruche" eine Vorzugsstellung" hat. Ähnlich behauptet Auerswald,[2]) in den genannten Fällen handele es sich um „Dringlichkeitsansprüche", und auch die Generalklausel des § 273 solle das Zurückbehaltungsrecht bei Dringlichkeitsansprüchen ausschließen, ein solcher Dringlichkeitsanspruch aber sei der unpfändbare

[1]) Sinzheimer, Lohn u. Aufr. S. 79 fg.
[2]) Vgl. Auerswald in d. DJZ. 1909 S. 630 fg.

Lohnanspruch. Nun mag es ja richtig sein, daß das Gesetz in allen Fällen, in denen es das Zurückbehaltungsrecht ausschließt, das deshalb tut, weil ihm die eine Leistung wichtiger oder dringlicher erscheint als die andere. Und wenn sich die Ausnahmen von der Möglichkeit eines Zurückbehaltungsrechts alle wirklich nur auf diese gleiche Erwägung zurückführen ließen, so stünde m. E. nichts im Wege, tatsächlich auch in denjenigen Fällen das Zurückbehaltungsrecht für ausgeschlossen zu erachten, in denen das Gesetz das nicht ausdrücklich bestimmt, in denen aber doch die eine Leistung wichtiger oder dringlicher ist als die andere. Es würde das durchaus nicht „eine unzulässige Ausdehnung von Ausnahmebestimmungen" sein.[1]) Aber Sinzheimer und Auerswald mit ihren Anhängern geben den Grund für den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts in den von ihnen erwähnten Fällen nicht genau genug an. In allen diesen Fällen handelt es sich um S a c h e n. Ja, das ist auch der Fall in den von ihnen nicht erwähnten Fällen, in denen das Gesetz ein Zurückbehaltungsrecht ausdrücklich ausschließt, so in demjenigen des § 273 Abs. 2 (Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts an Sachen, die durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangt worden sind) und in demjenigen des § 175 BGB. (Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts an der Vollmachtsurkunde nach Erlöschen der Vollmacht.) Und zwar handelt es sich stets um solche Sachen, die dem G e g n e r desjenigen, der sie zurückbehalten will, zu Eigentum gehören oder (— so bei der Vollmachtsurkunde —) gehört haben. Man kann daher nicht einfach sagen, daß j e d e s überwiegende Interesse das Zurückbehaltungsrecht ausschließe. Das ist zu allgemein. Man könnte höchstens sagen, das Gesetz wolle das Zurückbehaltungsrecht d a n n wegen überwiegenden Interesses der einen Partei ausschließen, wenn es sich um eine in H e r a u s g a b e von Sachen an den Eigentümer oder doch (wie bei der Vollmachtsurkunde) in der Rückübereignung von solchen bestehende Leistung handele. Selbst wenn man daher annimmt, daß der gewerbliche Dienstlohnanspruch vom Gesetz gegenüber dem Dienstleistungsanspruch bevorzugt werde — und daß muß man wohl annehmen, so weit er unpfändbar ist — kann man von einem Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts am Dienstlohne um d e s w i l l e n doch nicht reden.

[1]) Wie Geib a. a. O. meint. Daß die das Zurückbehaltungsrecht ausschl. Bestimmungen kein Ausnahmerecht sind, sondern gerade die Wiederherstellung eines a l l g e m e i n e n Rechtssatzes enthalten, wird unten (S. 44) gezeigt werden.

Ein solcher Ausschluß kann aber auch nicht, wie eine zuerst vom Oberlandesgericht Hamburg[1]) vertretene Mittelmeinung annimmt, wenigstens dann angenommen werden, wenn der Gegenanspruch des Dienstberechtigten auf einer unerlaubten Handlung des Dienstverpflichteten beruht. Denn das Gesetz bietet keinen Anhalt zu der Annahme, daß das Zurückbehaltungsrecht vorzugsweise zur Sicherung von Deliktsansprüchen gegeben sei, so daß hier eine Zurückbehaltung auch dann zulässig wäre, wenn sie wegen der Natur der zurückbehaltenen Leistung sonst vermöge der Generalklausel des § 273 ausgeschlossen sei. Ganz abgesehen davon, daß ja nach dem soeben Gesagten das letztere auf den unpfändbaren Dienstlohn nicht zutrifft.

Die Generalklausel des § 273 schließt also das Zurückbehaltungsrecht am unpfändbaren Dienstlohne als solchen nicht aus, auch nicht wenigstens dann, wenn sich die Zurückbehaltung auf einen anderen als einen deliktischen Gegenanspruch stützt.[2])

III. Es ist aber noch zu untersuchen, o b § 394 BGB. d e n S t r e i t e n t s c h e i d e t. Da jedoch das Recht der Aufrechnung, dem ja 394 angehört, gleichartige Ansprüche voraussetzt, so wird im Folgenden auch nur noch ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines dem Dienstlohne g l e i c h a r t i g e n, also eines Geldanspruches in Frage kommen. D a s Z u r ü c k b e h a l t u n g s r e c h t w e g e n s o n s t i g e r G e g e n a n s p r ü c h e b l e i b t m i t d e r s o e b e n g e s c h e h e n e n V e r n e i n u n g d e r A n w e n d b a r k e i t d e r G e n e r a l k l a u s e l d e s § 273 BGB. e n d g ü l t i g b e s t e h e n.

Was nun die Frage der Anwendbarkeit des § 394 BGB. anbetrifft, so behaupten viele Gegner des Zurückbehaltungsrechtes am unpfändbaren Dienstlohne wegen gleichartiger

[1]) OLG. Hamburg v. 12. Okt. 1901 (bei Seuffert Bd. 57 No. 56 S. 94 u. bei Baum S. 616 sowie auch in Entsch. d. OLGe. Bd. 3 S. 352. Vgl. auch Barkow Zurückbehaltungsr. bei Arbeits- od. Dienstlohnforderungen in d. Bl. f. Rechtspfl. im Bez. d. Kammerger. 1903 S. 73 fg. Geib in d. Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 46 S. 1 fg. (15), Neumann, Handausg. d. BGB. zu § 273 Amn. 1 d.

[2]) Wohl kann natürlich das Zurückbehaltungsrecht aus einem anderen Grunde der Generalklausel des § 273 zufolge ausgeschlossen sein. So z. B. durch ausdrückliche Vereinbarung. Aber auch etwa dann, wenn der Dienstlohn nicht, wie im Text immer angenommen, in Geld vereinbart ist, sondern wenn z. B. der Dienstberechtigte verpflichtet ist, als Entgelt für die ihm geleisteten Dienste den Dienstberechtigten und seine Familie zu unterhalten. Denn die Leistung des Lebensunterhaltes ist wiederum eine solche, bei der die Zeit Individualisierungsmoment der Leistung ist. Dienstverträge solcher Art werden allerdings selten sein.

Gegenforderungen, Aufrechnung und Zurückbehaltung ständen dann, wenn es sich um gleichartige Forderungen handele, rechtlich völlig gleich. In diesen Fällen sei die Erklärung des Dienstverpflichteten, er mache ein „Zurückbehaltungsrecht" geltend, stets eine „verschleierte Aufrechnungserklärung." [1]) Denn es werde ihm nicht einfallen, wirklich eine Geldzahlung vom Dienstverpflichteten anzunehmen und ihm dann seinerseits Zug um Zug seinen vollen Dienstlohn zu zahlen, es werde vielmehr stets zu einer Aufrechnung kommen und nicht zu der nach § 274 BGB. doch als notwendige Folge des Zurückbehaltungsrechts bestimmten, hier aber ganz unsinnigen Zug um Zug-Leistung. Demnach unterstehe die „Zurückbehaltung" des Lohnes ohne weiteres auch dem § 394, sei also ganz ausgeschlossen, soweit dieser unpfändbar sei. Dagegen sagen die Freunde des Zurückbehaltungsrechts am unpfändbaren Dienstlohne, Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung seien grundverschieden. Die Zurückbehaltung bedeute nur ein Hinausschieben der Erfüllung, sie taste die Existenz des beeinflußten Anspruches nicht an; [2]) die Aufrechnung sei dagegen Erfüllungssurrogat und bringe den Anspruch zum Erlöschen. Die Zurückbehaltung erscheine daher im Verhältnis zur Aufrechnung als das mindere, und ein Verbot dieser gelte noch nicht ohne weiteres auch für sie.[3])

Um zunächst die Frage beantworten zu können, ob der für die Aufrechnung gegebene § 394 BGB. auch auf die Zurückbehaltung direkte Anwendung zu finden hat, müssen wir beide Rechtsinstitute näher miteinander vergleichen.

Ob das römische Recht Wert auf eine Unterscheidung zwischen Retention und Kompensation gelegt hat, die doch beide mit der exceptio doli geltend gemacht wurden, mag hier dahin gestellt bleiben. Dagegen spricht jedenfalls der Umstand, daß „retinere" als Ausdruck für beide gebraucht wurde.[4]) Das gemeine Recht hat lange Zeit Retention und Kompensation als ein Rechtsinstitut angesehen. Das kam zum Ausdruck in seiner Lehre von der retentio temporalis und perpetua.[5]) Nach dem Rechte des BGB. kann von einer Gleichheit zwischen Zurückbehaltung und Aufrechnung als

[1]) So v. Landmann a. a. O. zu § 115 Gew.-O. Bem. 2 i Abs. 2.

[2]) Vgl. Oertmann zu § 273 Anm. 4 c. Ähnlich Langheineken a. a. O. S. 90. Staudinger zu § 273 Anm. I, 1, das Zurückbehaltungsrecht sei „keineswegs verwandt mit der Aufrechnung".

[3]) So besonders das Kammergericht in s. eingangs (vgl. S. 6. Anm. 2) erwähnten Entscheidung.

[4]) Vgl. Endemann I § 126 Anm. 2 u. die dort angeführten Digestenstellen.

[5]) Vgl. Wallroth a. a. O.

solchen und unter allen Umständen jedenfalls nicht gesprochen werden. Das geschieht denn auch von keiner Seite und würde auch im Gesetz, das beide Institute getrennt behandelt (und zwar das Zurückbehaltungsrecht unter dem Abschnitte „Inhalt der Schuldverhältnisse" und dem Titel „Verpflichtung zur Leistung", die Aufrechnung dagegen in einem besonderen Titel unter dem Abschnitt „Erlöschen der Schuldverhältnisse") keine Stütze finden. Ein Vergleich zwischen Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung bezüglich ihrer rechtlichen Natur wird daher nach dem Rechte des BGB. höchstens zu dem Resultate kommen können, daß beide unter bestimmten Voraussetzungen rechtlich gleich sind, nicht aber, daß sie es schlechtweg sind. Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung sind zunächst in den Voraussetzungen verschieden. An die den Parteien gegenseitig zustehenden Ansprüche stellen sie nämlich insoweit verschiedene Anforderungen, als bei der Aufrechnung beide obligatorischer Natur und gleichartig sein müssen, während bei der Zurückbehaltung der gegen den Zurückbehaltenden gerichtete Anspruch auch ein dinglicher sein kann und beide Ansprüche konnex aber nicht notwendig gleichartig sein müssen. Es ist aber denkbar, daß ein Tatbestand die Voraussetzungen für beide Rechtsbehelfe enthält. Und zwar ist das der Fall, wenn die in Betracht kommenden Ansprüche beide obligatorischer Natur, beide gleichartig und auch beide konnex sind.

Wenn man aber die juristischen Verschiedenheiten zwischen Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung dartun will, dann betont man zumeist, daß sie verschiedene Wirkungen hätten. Das ist auch tatsächlich der Fall.[1]) Die Aufrechnung vernichtet den Anspruch des Gegners sowohl wie den Gegenanspruch des Aufrechnenden, die Zurückbehaltung hemmt nur den ersteren zu Gunsten des

[1]) Es wird zwar manchmal versucht, diesen Unterschied zu vertuschen. Lippmann (a. a. O. S. 544) erblickt sogar in den Wirkungen von Zurückbehaltung und Aufrechnung nur einen Beweis für ihre Verwandtschaft, da nach dem heutigen Prozeßrecht an die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts ein positiver Antrag, „auf bedingte Verurteilung des Klägers" angeschlossen werden könne, weshalb auch schon die Erklärung des Zurückbehaltungsrechts außerhalb des Prozesses der doppelte Sinn unterzulegen sei", sowohl seine eigene Leistung zurückbehalten als auch die Leistung des Gegenteils fordern zu wollen". Das ist aber durchaus unrichtig. Von einer Verurteilung des Klägers kann gar keine Rede sein. Es wird keinem Beklagten einfallen, den Versuch zu machen, ein auf Leistung Zug um Zug gegen ihn ergangenes Urteil seinerseits vollstrecken zu lassen.

letzteren. Folglich sind trotz Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes noch spätere Veränderungen in beiden Ansprüchen möglich. Der Anspruch der zur Begründung der Zurückbehaltung benutzt wurde, kann nachträglich aus irgend einem Grunde erlöschen und dann der gegen den Zurückbehaltenden gerichtete Anspruch wieder voll wirksam werden. Ebenso kann umgekehrt der letztere Anspruch sich nachträglich verändern oder erlöschen. Das ist aber bei der Aufrechnung ausgeschlossen. Mithin wirkt die Aufrechnung rechtlich stärker als die Zurückbehaltung.

Endlich unterscheiden sich Zurückbehaltung und Aufrechnung auch in der Art der Verfolgung ihres Zweckes. Das Zurückbehaltungsrecht gibt nach dem Wortlaut des § 273 BGB die Befugnis, eine geschuldete Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern. Was heißt das? Der Begriff des Verweigerns erfordert ein Verlangen, eine Erklärung dessen, dem der Anspruch zusteht, dessen Erfüllung verweigert wird, nicht. Wohl aber verlangt er eine Erklärung des Verpflichteten. Es folgt das ohne weiteres aus dem Wortsinne, der nur eine wirkliche dem Gegner gegenüber gemachte, also „empfangsbedürftige" Erklärung des Verpflichteten, des Inhalts, er werde seine Pflicht nicht erfüllen, bedeuten kann. Gibt aber die Rechtsordnung jemanden die Befugnis zu einer solchen Erklärung, so ist das verständiger Weise dahin auszulegen, daß sie ihm damit auch das Recht zu der Nichterfüllung selbst gibt. Ja, die Befugnis zu jener Erklärung ist nur ein Ausfluß dieses Rechts. Auch das BGB steht auf diesem Standpunkt, daß der eigentliche Inhalt des in § 273 gegebenen Rechts die tatsächliche einstweilige Nichterfüllung, die Zurückbehaltung der Leistung ist, denn es nennt das Recht ja ausdrücklich „Zurückbehaltungsrecht". Es definiert freilich dann dies Recht nicht nach seinem in dieser Bezeichnung ja schon gegebenen Inhalt, sondern nach der Art, wie es Dritten gegenüber geltend gemacht wird. Der Inhalt des Zurückbehaltungsrechts besteht also in der Befugnis, eine geschuldete Leistung einstweilen nicht zu machen. Es wird demnach durch tatsächliche Nichtleistung und nicht erst durch Erklärung ausgeübt.[1]) Von dieser Ausübung ist aber die Geltendmachung gegenüber dem Gegner zu unterscheiden, die durch die prozessuale Einrede oder außergerichtliche Erklärung[2]) geschieht, daß man die Leistung

[1]) Ebenso Schollmeyer zu § 273 Bem. 1 b.

[2]) Anders Zitelmann D. Recht d. bürgerl. Gesetzb. Allg. Teil S. 29, der nur die prozessuale Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts anerkennt.

verweigere. Im Gegensatz hierzu lassen sich Ausübung und Geltendmachung des Aufrechnungsrechtes nicht unterscheiden. Das Aufrechnungsrecht wird betätigt durch rechtsgeschäftliche Erklärung. Mit anderen Worten: Die Wirkungen der Zurückbehaltung treten ipso jure ein, diejenigen der Aufrechnung erst als Folge der Aufrechnungserklärung.

Die genannten Verschiedenheiten zwischen Zurückbehaltung und Aufrechnung sind nun zwar, soweit sie sich auf die Voraussetzungen und Wirkungen beider beziehen, keine gegensätzlichen, sondern nur graduelle. Die Aufrechnung wirkt stärker, sie hat teils weitere teils engere Voraussetzungen als die Zurückbehaltung. Der Unterschied in der Betätigung des Zurückbehaltungsrechts und des Aufrechnungsrechts bezw. im Eintritt ihrer Wirkungen ist allerdings bedeutsam. Mit ihm — also mit der Tatsache, daß die Wirkung der Aufrechnung als Folge des Rechtsgeschäfts der Aufrechnungserklärung, diejenige der Zurückbehaltung aber eben als Folge der bloßen Tatsache der Nichtleistung eintritt — müssen wir uns im Rechte des BGB. nun einmal abfinden.

Wir dürfen aber trotz des Gesagten auch nicht verkennen, daß sich die beiden Rechtsinstitute doch auch in sehr wesentlicher Beziehung gleichen.

Die Tatsache, daß sowohl das Zurückbehaltungsrecht wie das Aufrechnungsrecht anders als die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht auf vermuteter Parteivereinbarung beruhen, sondern daß ihr Geltungsgrund unmittelbar das Gesetz selbst ist, ist allerdings nicht von großer Bedeutung. Auch daß die beiden Rechtsbehelfe beide sowohl der einen wie der anderen Partei zustehen, wenn beide Ansprüche fällig und obligatorischer Natur sind, soll nicht besonders hervorgehoben werden.

Dagegen erscheint es doch als sehr wesentlich, daß Zurückbehaltung und Aufrechnung die gleichen Zwecke verfolgen. Beide sollen dem Schuldner die Möglichkeit geben, den gegen ihn gerichteten Anspruch abzuwehren und beide ihn befähigen, den ihm zustehenden Anspruch zur Geltung zu bringen. Beide sind also Angriffs- wie Verteidigungsmittel. Daß beide Mittel zur Abwehr des gegen den Schuldner gerichteten Anspruches sind, wird auch nicht bestritten. Es ist dagegen Brauch geworden, die angebliche Verschiedenheit zwischen Zurückbehaltung und Aufrechnung in ihren Funktionen bezüglich des dem Schuldner zustehenden Gegenanspruches zu finden und sie damit zu kennzeichnen, daß man sagt, das Zurückbehaltungsrecht diene hier als Sicherungs- und Zwangsmittel, die Aufrechnung zur Deckung oder Be-

friedigung.[1]) Diese auch oben gebrauchten Bezeichnungen geben die Zwecke der beiden Institute allerdings wieder. Sie bedeuten aber doch keineswegs Gegensätze, sondern zeigen gerade, daß der Zweck beider Institute auch bezüglich des Gegenanspruches genau der gleiche ist. Beide verfolgen den Zweck, diesen Anspruch durchzusetzen. Nur in dem Maße, in dem sie diesen Zweck auch erreichen, also in dem Maße ihrer Wirkung unterscheiden sie sich, wie wir schon sahen. Es erscheint eben auch die Aufrechnung ebenso wie die Zurückbehaltung (und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages) als Ausfluß des uralten Rechtsgedankens, daß derjenige dolos handelt, der fordert, obschon er selbst noch leisten muß.

Wir können also den Vergleich zwischen Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung dahin zusammenfassen, daß wir sagen: Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung sind im Zweck völlig gleiche, und auf demselben Rechtsgedanken beruhende, in den näheren Voraussetzungen und in dem Maße ihrer Wirkung, namentlich aber in der Art ihrer Betätigung verschiedene Rechtsbehelfe eines Schuldners, dem gegen seinen Gläubiger ein fälliger Gegenanspruch zusteht.

Kann der demnach bestehende dreifache Unterschied zwischen Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung nun nicht unter Umständen wegfallen? Daß das bezüglich der Voraussetzungen bei beiderseits gleichartigen und konnexen obligatorischen Gegenansprüchen der Fall ist, haben wir schon gesehen. Hat aber dies Vorliegen der Voraussetzungen für beide Rechtsbehelfe eine rechtliche Gleichheit auch in den sonstigen Punkten zur Folge? Daß die Aufrechnung nicht zur Zurückbehaltung werden wird, leuchtet ohne weiteres ein. Warum sollte sie auf einmal eine schwächere Wirkung haben? Wird aber vielleicht die Zurückbehaltung zur Aufrechnung, wenn es sich um nicht nur konnexe sondern auch beiderseits obligatorische und gleichartige Gegenforderungen handelt?

Im gemeinen Recht galt allerdings ebenso wie im Recht des Allgemeinen Landrechts der Satz, daß bei gleichartigen Gegenforderungen nur Kompensation und keine Retention möglich sei.[2]) Dieser Satz war auch durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts bestätigt.[3])

[1]) Vgl. Mot. Bd. 2 S. 42: „Das Zurückbehaltungsrecht dient vorzugsweise zur Sicherung und als Zwangsmittel, nicht als Mittel zur Befriedigung.

[2]) Vgl. d. Literatur bei Sinzheimer a. a. O. S. 84 Anm. 1 S. 85, insbes. Anm. 12—17.

[3]) Vgl. RG. v. 27. 4. 1881 in Jur. Woch. 10. Jahrg. S. 142.

Nach heutigem Recht kann aber auch bei gleichartigen Gegenforderungen die Zurückbehaltung nicht zur Aufrechnung werden. Wenn man allerdings die oben verworfene Ansicht vertritt, daß die Aufrechnungswirkungen wie die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts ohne eine besondere Erklärung als Folge des bloßen Gegenübertretens der Ansprüche eintreten, dann muß man zu dem Resultat kommen, daß diese Aufrechnungswirkungen es unmöglich machen, von der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts zu sprechen, da ja dann die Ansprüche garnicht mehr bestehen. Das Zurückbehaltungsrecht muß dann vielmehr in dem Aufrechnungsrecht aufgehen, sobald es sich um gleichartige Ansprüche handelt. Denn da sich ja beide Institute nicht in der Art sondern im Maße ihrer Wirkungen unterscheiden, so könnte man — immer nach der gekennzeichneten unrichtigen Ansicht — sagen, das Zurückbehaltungsrecht sei eine besondere Art des Aufrechnungsrechts bei nicht gleichartigen aber konnexen Ansprüchen, bei denen das Aufrechnungsrecht naturgemäß nicht seine ganze sonstige Wirkung erreiche. Bei gleichartigen Ansprüchen aber vermöge die Aufrechnung stets ihre volle Wirkung zu erreichen, und da diese kraft Gesetzes auch einträte, so sei für die mildere Form der Aufrechnung, also für die Zurückbehaltung, kein Platz mehr.

Die Aufrechnungswirkungen treten aber nicht ipso jure sondern erst als Folge einer Erklärung ein. Und dieser bereits oben als bedeutsam erklärte Unterschied ist es, der es verhindert, daß die Zurückbehaltung bei gleichartigen Gegenforderungen zur Aufrechnung wird.

Eine solche Gleichheit kann zunächst noch nicht gegeben sein während die beiden Forderungen einander noch derartig gegenüberstehen, daß an sich sowohl die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts wie eine Aufrechnung möglich wäre. Wohl befindet sich seit dem Zeitpunkte, in dem die Forderungen einander in dieser Weise gegenübergetreten sind, diejenige Partei, deren Forderung fällig ist, in der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts, und wenn beide Forderungen fällig sind, dann gilt das für beide Parteien. Denn es ist aus dem Gesetze nicht ersichtlich, daß etwa bei gleichartigen Ansprüchen die Zurückbehaltung unzulässig wäre. Nun wird allerdings der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts bei gleichartigen Forderungen, insbesondere bei gleichartigen Geldforderungen, wohl allermeist nicht dessen Geltendmachung und demzufolge eine Zug

um Zug-Leistung folgen, sondern es wird nur diejenige Partei, deren Schuld die größere ist, den die Schuld des Gegners übersteigenden Teil derselben leisten; sind beide Forderungen gleich hoch, so wird keine Partei leisten. Man kann aber darum durchaus noch nicht sagen, daß sich das Zurückbehaltungsrecht bei gleichartigen Forderungen zur Aufrechnung gestalte, wie das Dernburg[1]) tut. Denn wir sahen, daß die Aufrechnung eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung bedeutet. Wenn und solange eine solche Willenserklärung nicht vorhanden ist, liegt auch bei gleichartigen Forderungen keine Aufrechnung sondern Zurückbehaltung vor. Allerdings braucht ja die gedachte Willenserklärung keine ausdrückliche zu sein, man wird sie schon aus der erwähnten Differenzzahlung entnehmen dürfen. Begrifflich führt aber auch bei gleichartigen Gegenforderungen das Zurückbehaltungsrecht jedenfalls nicht von vornherein zur Aufrechnung.

Man kann auch nicht sagen, daß zwar Zurückbehaltung und Aufrechnung auch bei Gleichartigkeit der in Betracht kommenden Ansprüche an sich verschieden seien, daß aber dann die Zurückbehaltungserklärung notwendig als Aufrechnungserklärung aufzufassen sei, so daß infolge ihrer die ursprüngliche Zurückbehaltung zur Aufrechnung würde.[2])

Sowohl die Erklärung des Zurückbehaltungsrechts wie die der Aufrechnung brauchen allerdings nicht in der Sprache des Gesetzbuchs abgefaßt zu sein. Es ist vielmehr Sache der Auslegung, festzustellen, ob eine Partei eine Erklärung des einen oder des anderen Inhalts abgegeben hat. Und da ist wohl zunächst zu sagen, daß eine Erklärung einer Partei, sie „rechne auf" niemals als Erklärung der Zurückbehaltung aufgefaßt werden kann.[3]) Denn das würde dem nach der Verkehrsauffassung feststehenden Sinne des Wortes „aufrechnen" widersprechen. Nun ist es allerdings umgekehrt m. E. sehr wohl möglich, daß die Erklärung einer Partei, sie „behalte zurück" als Aufrechnungserklärung aufzufassen ist, wenn es sich um gleichartige, insbesondere um Geldforderungen handelt. Denn die Parteien pflegen oft mehr die äußerlichen als die inneren rechtlichen Wirkungen eines Vorganges, hier also

[1]) Vgl. Dernburg II, 1, § 59 III. Ebenso Wallroth a. a. O. S. 256 unter Berufung auf ihn.

[2]) Anders Wallroth a. a. O.

[3]) Ebenso RG. im Recht 15. Jahrg. Nr. 688. Reichert a. a. O. S. 221 bei Kritik eines auf dem entgegengesetzten Standpunkte stehenden Urteils des Landgerichts Liegnitz. Komm. d. Reichsgerichtsräte zu § 273 Anm. 1.

nicht das aufrechnungsgemäße Erlöschen sondern die äußere Tatsache, des Nichtleistens zu betonen, auch wenn sie nicht nur die äußeren Tatsachen wollen. Gemäß § 157 BGB., der nach der herrschenden Ansicht auch auf einseitige Willenserklärungen Anwendung findet,[1]) ist daher unter Beobachtung von Treu und Glauben in s o l c h e n Fällen die Erklärung zurückbehalten zu wollen als Aufrechnungserklärung anzusehen. Das darf aber n i c h t geschehen, wenn das gegen den erkennbaren Willen der Partei verstoßen würde,[2]) denn die Anwendung des § 157 darf immer nur zur Auslegung eines undeutlichen, niemals aber zur Korrektur eines unzweifelhaften Parteiwillens führen,[3]) denn das würde eine Verletzung des § 133 BGB. bedeuten, der die Berücksichtigung des wahren Willens des Erklärenden verlangt. Von dieser Regel läßt das Gesetz auch für den Fall keine Ausnahme zu, daß der Erklärende zu seinem Willensentschlusse „aus mangelhafter Gedankentätigkeit oder aus Unehrlichkeit“ [4]) oder aus einem sonstigen unlauteren Motive — so z. B. bei Erklärung „zurückbehalten“ zu wollen aus der Absicht, ein etwa bestehendes Aufrechnungsverbot zu umgehen und später doch tatsächlich wie bei dieser nur eine Differenzzahlung zu leisten — gekommen ist. Das darf auch endlich nicht aus der Ansicht heraus geschehen, daß bei gleichartigen Ansprüchen ein wirkliches Zurückbehaltungsrecht garnicht geltend gemacht werden k ö n n e. Denn zunächst ist diese Ansicht garnicht richtig. So wie nach dem Gesagten bei gleichartigen Forderungen ein Zurückbehaltungsrecht tatsächlich durch Nichtleistung a u s g e ü b t werden kann, so kann es auch gegen andere durch Zurückbehaltungserklärung g e l t e n d gemacht werden und „führt“ nicht durch sie zur Aufrechnung. Die Zug um Zug-Leistung, die auf die gedachte Erklärung erfolgt, hat deshalb auch nicht — wie das Reichsgericht seltsamerweise meint — [5]) „nur den Sinn einer Aufrechnung.“ Selbst wenn aber bei gleichartigen Leistungen die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes ausgeschlossen, ein solches Recht „widersinnig“ [6])

[1]) Ebenso Lippmann a. a. O. S. 540. Pappenheim a. a. O. S. 90. Schlegelberger a. a. O. S. 137. Sinzheimer Lohn u. Aufr. S. 87/88 (Tritt der Wille zur Aufrechnung nicht erkennbar hervor, so handelt es sich so lange um Zurückbehaltungsrecht, als die Parteien es wollen“.

[2]) Vgl. d. vorhergehende Note [1]).

[3]) So auch Staudinger zu § 157 Anm. 3. Komm. v. Rg.-Räten zu § 157 Anm. 1 u. 2.

[4]) Wie Beseler („Zwangsvertretung“ in DJZ. 1912 S. 894 insbes. 898) will.

[5]) RG. im „Recht“ 1908 Nr. 2135 u. in d. Leipz. Zeitschr. f. Handelsrecht 1908 S. 538 Nr. 17.

[6]) Vgl. die vorhergehende Note.

wäre, so hätte der Richter doch nicht die Befugnis, aus diesem Grunde die Zurückbehaltungserklärung als Aufrechnungsklärung aufzufassen, wenn der Erklärende sich dagegen verwahrt oder wenn er doch wenigstens eine Aufrechnung nicht will. Das Reichsgericht [1]) hält das allerdings trotzdem für richtig. Eine widersinnige Erklärung hat aber doch keinen vernünftigen Sinn, man kann sie auch mit Gewalt nicht zu einer vernünftigen machen. Beabsichtigt also eine Partei mit der Erklärung „zurückbehalten" zu wollen, tatsächlich die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts, so hat auch bei gleichartigen Leistungen eine Verurteilung Zug um Zug zu erfolgen. „Die Parteien wollen es nicht anders, mögen sie sehen, wie sie später auseinanderkommen." [2])

Die Zurückbehaltung gestaltet sich also auch bei Gleichartigkeit der Leistungen weder von vornherein zur Aufrechnung noch wird sie dazu durch Abgabe der Zurückbehaltungserklärung.

Wenn man allerdings mit Dernburg das erstere oder mit dem Reichsgericht das letztere annimmt, dann muß man sämtliche für die Aufrechnung geltenden Rechtssätze auch auf diese sich angeblich als Aufrechnung darstellende Zurückbehaltung anwenden. Dann gilt also auch der § 394 BGB., der die Aufrechnung gegen solche Forderungen ausschließt, die der Pfändung nicht unterliegen gerade so gut für die Zurückbehaltung. Und dann ist der Streit um das Zurückbehaltungsrecht am unpfändbaren Dienstlohne im verneinenden Sinne entschieden. Diese Folgerung wird allerdings weder von Dernburg noch vom Reichsgericht gezogen. Dernburg verschließt sich ihr mit der Behauptung, wenn sie richtig wäre, dann wäre die Aufrechnung nicht Surrogat der Erfüllung, was sie bei unpfändbaren Forderungen sein müsse. Er wendet daher auf den von ihm als Aufrechnung angesprochenen Rechtsbehelf nicht die Regeln über diese, insbesondere nicht den § 394, sondern nur die Bestimmungen über das Zurückbehaltungsrecht an.[3]) Aber Dernburg bleibt den Beweis dafür, daß die Aufrechnung bei unpfändbaren Forderungen Surrogat der Zurückbehaltung sei, schuldig. Daß eine rechtliche Gleichheit zwischen beiden nicht möglich ist, haben wir schon gesehen, daß auch wirtschaftlich eine solche nicht eintreten kann, werden wir noch sehen. Das Reichsgericht war sich bei seiner öfters genannten Entscheidung trotz seines

[1]) Vgl. Note [5]) auf der vorhergehenden Seite.
[2]) Sinzheimer Lohn u. Aufr. S. 87.
[3]) Dernburg II, 1 § 59 III.

Standpunktes, daß prinzipiell die Zurückbehaltungserklärung bei gleichartigen Gegenforderungen eine Aufrechnungserklärung bedeute, scheinbar über die dort nicht zur Beantwortung stehende Frage, ob § 394 BGB. auf die so angenommene Aufrechnung Anwendung finden müsse, nicht klar.[1]) Das muß aber doch wohl von seinem Standpunkte aus bejaht werden. Denn man kann doch einer Erklärung den ihr nach der Auslegung zukommenden Sinn — also der Erklärung „zurückbehalten" zu wollen den ihr nach dem Reichsgericht zukommenden Sinn einer Aufrechnungserklärung — nicht einfach deshalb wieder aberkennen, weil sie in diesem ihr wirklich beizulegenden Sinn keine Rechtswirkung haben kann, ihr vielmehr irgend eine Bestimmung — im vorliegenden Falle § 394 BGB. — im Wege steht. Wenn also das Reichsgericht konsequent bleiben will, dann muß es heute entgegen seiner eingangs erwähnten älteren Entscheidung die Anwendbarkeit des § 394 auf die Zurückbehaltung bei gleichartigen Forderungen bejahen.

Meiner soeben erklärten Stellungnahme bezüglich des Verhältnisses zwischen Zurückbehaltung und Aufrechnung entsprechend muß ich natürlich die direkte Anwendbarkeit von für die Aufrechnung geltenden Vorschriften (so also auch von § 394 BGB.) auf das Zurückbehaltungsrecht verneinen.

An diesem Resultat vermag auch ein Vergleich zwischen beiden Rechtsinstituten bezüglich ihres wirtschaftlichen Ergebnisses nichts zu ändern.

Wie Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung nämlich selbst bei gleichartigen Ansprüchen weder gleich sein noch werden können, so haben sie bei solchen Ansprüchen auch nicht etwa genau das gleiche wirtschaftliche Ergebnis. Der Umstand, daß der Zurückbehaltung bei gleichartigen Ansprüchen im Leben regelmäßig eine Aufrechnung folgen wird, mag zwar dazu berechtigen, in diesem Sinne, also rein äußerlich zu sagen, die Zurückbehaltung „führe" hier zur Aufrechnung, was sie ja nach dem Gesagten begrifflich nicht tut. Man muß sich eben stets bewußt bleiben, daß auch hier die Aufrechnungserklärung noch erforderlich

[1]) Das Reichsgericht sagt nämlich, Aufrechnung und Zurückbehaltung seien allerdings verschieden, „wie Lotmar . . . . mit Bezug auf § 394 BGB. sehr eingehend dargelegt hat". Dann fährt es aber fort: „Allein darauf kommt es hier nicht an, wie es sich mit dem Zurückbehaltungsrecht verhält, wenn die Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist." (Vgl. „Recht" 1908 Nr. 2135.)

ist, um die Aufrechnungswirkungen eintreten zu lassen. Folgt der Zurückbehaltung eine Aufrechnungserklärung nicht nach, sondern eine Zurückbehaltungserklärung, so tritt auch nur die Folge jener ein: Beide Leistungen sind Zug um Zug zu bewirken.[1]) Nun ist es zwar richtig, daß Zug um Zug-Leistungen bei gleichartigen, insbesondere bei Geldleistungen, unsinnig sind. Daß sie trotzdem erfolgen, ist aber nicht Schuld des Gesetzes, sondern der Parteien, die nicht vernünftigerweise aufrechnen. Nicht viel weniger unsinnig ist es ja auch, wenn ein Schuldner, dem gegen seinen Gläubiger eine aufrechenbare nicht etwa höher verzinsliche Gegenforderung zusteht, nicht aufrechnet. Das Gesetz hätte dies unsinnige Verhalten unmöglich machen können dadurch, daß es die Aufrechnung ipso jure hätte eintreten lassen. Es hat sie aber ganz vom Belieben der Parteien abhängig gemacht und diesen damit die Möglichkeit gegeben, wirtschaftlich unrichtig zu verfahren. Die Parteien sollen eben möglichst selbständig sein. Die Zurückbehaltung führt auch wirtschaftlich niemals „zu demselben Ergebnis wie die Aufrechnung", wie das Reichsgericht annimmt.[2]) Nur darin ist der Erfolg der Zurückbehaltung dem der Aufrechnung wirtschaftlich gleich, daß der Gegner des Zurückbehaltenden **augenblicklich,** d. h. zur Zeit der Fälligkeit seiner Forderung nichts erhält.

Aufrechnung und Zurückbehaltung unterscheiden sich also, um es zusammen zu fassen, in den Voraussetzungen, in dem Maße ihrer Wirkung und der Art ihrer Betätigung. Der erstere Unterschied fällt weg, wenn es sich um gleichzeitig konnexe und gleichartige Ansprüche handelt. Folglich kann von einer direkten Anwendbarkeit des § 394 auf das Zurückbehaltungsrecht keine Rede sein.

Ist aber § 394 BGB. auf das Zurückbehaltungsrecht nicht direkt anwendbar, so kommt nur noch in Frage, ob aus ihm etwa eine Analogie für das Zurückbehaltungsrecht zu entnehmen ist.

Sinzheimer behauptet zwar,[3]) ein Verbot der Zurückbehaltung unpfändbaren Dienstlohnes ergebe sich noch auf

[1]) So OLG. Cöln v. 31. Okt. 1902 (Entsch. d. OLGe. Bd. 5. S. 546). Die Entscheidung ist allerdings insoweit unrichtig, als nach dem unten Ausgeführten beim unpfändbaren Dienstlohn wegen der analogen Anwendbarkeit des § 394 eine Ausnahme Platz greift.

[2]) Vgl. RG. a. a. O. (oben S. 34 Note [5])).

[3]) Sinsheimer, Lohn u. Aufr. S. 89—91. Ihm folgend auch Heumann a. a. O. S. 70—72.

einem anderen Wege aus § 394, und zwar mittels eines aus dem Geiste der Rechtsordnung zu entnehmenden Verbotes des „in fraudem legis agere". Daß ein solches Verbot heute anzuerkennen sei, entnimmt er Kohler. Nach diesem gibt es Verbotsgesetze, die eine bestimmte Rechtsform verbieten, aber auch solche, die „sich nicht auf die spezielle Rechtsform beschränken, sondern das ökonomische Resultat zum Gegenstande ihrer Norm erheben, die Erreichung eines bestimmten Resultats selbst verbieten oder nur unter bestimmten Voraussetzungen gestatten".[1]) Ein Verbotsgesetz der letzteren Art ist nach Sinzheimer auch § 394 BGB.[2]). Nun haben ja zunächst Zurückbehaltung und Aufrechnung jedenfalls nicht genau das gleiche wirtschaftliche Resultat, wie soeben gezeigt wurde, so daß ein Verbot des wirtschaftlichen Resultates der Aufrechnung nicht zugleich notwendig das wirtschaftliche Resultat der Zurückbehaltung direkt verbietet. Aber davon will ich absehen. Denn jedenfalls irrt Sinzheimer mit seiner prinzipiellen energisch betonten Auffassung, die Behauptung, daß die Zurückbehaltung unpfändbaren Dienstlohnes dem Verbote des in fraudem legis agere widerspreche, enthalte etwas anderes als einen Analogieschluß. Die Kohlersche Einteilung der Verbotsgesetze ist ja wohl ganz richtig. Aber darum handelt es sich ja eben, ob § 394 ein nur die Rechtsform der Aufrechnung oder auch ihr wirtschaftliches Resultat treffendes Verbot enthält; ja wir können nach dem oben Gesagten die Frage sogar noch enger stellen dahin, ob § 394 ein auch denjenigen Teil des Resultates der Aufrechnung treffendes Verbot enthält, den es mit der Zurückbehaltung gemeinsam hat, nämlich den Umstand, daß der Gegner des Aufrechnenden bezw. Zurückbehaltenden augenblicklich nichts erhält. Diese Frage aber ist nichts anders als eine Frage der Gesetzesauslegung und zwar der Analogie. So sagt denn auch Kohler selbst: „Das Ganze ist daher eine Frage der Gesetzesauslegung". Die Argumentation mit dem Verbote des in fraudem legis agere enthält eben nichts anderes als eine Begründung für die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Analogie.

Es bleibt somit dabei, daß nur noch eine Analogie aus § 394 BGB. es sein kann, aus der sich die Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechtes am unpfändbaren Dienstlohne vielleicht noch ergibt.

---

[1]) Vgl. Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation in Iherings Jahrb. 16. Bd. S. 91 fg. (143).

[2]) S. auch Gew.-Ger. München in Gew.- u. Kaufm.-Ger. 14. Jahrg. Sp. 147.

Die Praxis der Rechtsanwendung schwankt in unzähligen Streitfällen zwischen der Analogie einerseits und dem argumentum e contrario andererseits. So schallt es denn auch beim Streit um das Zurückbehaltungsrecht am unpfändbaren Dienstlohne von der einen Seite, § 394 müsse auf das Zurückbehaltungsrecht analog angewendet werden, ebenso energisch heißt es aber auf der anderen Seite, § 394 sei gerade ein argumentum e contrario dafür, daß beim unpfändbaren Dienstlohne nur die Aufrechnung und nicht auch das Zurückbehaltungsrecht verboten sei, der Gesetzgeber habe diese Bestimmung absichtlich nur bei der Aufrechnung in das Gesetz aufgenommen. Um in diesem Streit Stellung nehmen zu können, seien zunächst einige Worte gestattet über Analogie und argumentum e contrario als solche, sowie über die Frage, welchen von beiden Auslegungsmitteln jeweilig der Vorzug gebührt.

Die Analogie versucht, „auf die Grundprinzipien eines Gesetzes, oder einer Mehrheit von Gesetzen, oder der Gesamtheit der Gesetzgebung zurückzugehen und nach denselben nicht besonders geregelte Fälle zu entscheiden.“ [1]) Die Rechtsordnung will möglichst als ein einheitliches Ganzes aufgefaßt sein. Selbst wo ein Rechtssatz seinem eigenen und eigentlichen Sinne nach einen konkreten Tatbestand zunächst nicht erfaßt, tut er das dennoch oft, wenn man seinen Grund aufsucht. Jeder Rechtssatz enthält eben „zugleich eine Regelung aller derjenigen Fälle, die mit dem von seinem nächstliegenden Inhalt erfaßten Wesensgleichheit besitzen“ [2]) er enthält also neben seinem nächstliegenden Inhalt einen „allgemeinen“ Inhalt, den aufzufinden sich die „Gesetzes“-Analogie bemüht. Darüber hinaus betrachtet die „Rechts“-Analogie den Rechtssatz als „organischen Bestandteil der gesamten positiven Rechtsordnung, wie sie sich aus der logischen Beziehung der Einzelsätze zu einander (System) ergeben“ [3]). Gesetzes- und Rechtsanalogie sind natürlich nicht begrifflich verschieden, sie haben nur quantitativ eine verschiedene Grundlage. Beide sind auch wiederum nicht begrifflich von der extensiven Auslegung verschieden.[3]) Nur erweist die letztere „den nächstliegenden Inhalt des Rechtssatzes als einen umfassenderen als der Wortsinn erkennen läßt, während die Analogie den Inhalt des Rechtssatzes aus der Rechtsordnung erschöpft.“ [2])

Das argumentum e contrario schließt daraus, daß ein anderer als der auszulegende Rechtssatz eine Bestimmung ent-

[1]) Dernburg I § 30, I. S. 85.
[2]) Matthiaß § 12 III B.
[3]) Das ist allerdings streitig. Wie hier: Matthiaß a. a. O.

hält, die sich bei dem auszulegenden Satze nicht findet, daß diese Bestimmung bei dem letzteren nicht gelte.

Gibt es nun eine allgemeine Richtschnur für die Untersuchung, ob in einem Falle eine ausdehnende Auslegung bezw. eine Analogie oder aber ein argumentum e contrario angebracht ist? Da findet sich hergebrachtermaßen der Satz, daß Analogie nur möglich sei bei Rechtssätzen, die eine grundsätzliche Geltung beanspruchten, also bei Sätzen des jus commune, daß aber Sätze, die nur Sonderrecht für gewisse Klassen von Personen oder Sachen oder Rechtsverhältnissen, also jus singulare [1]) enthielten, einer analogen Anwendung unfähig seien, daß aus ihnen höchstens ein argumentum e contrario entnommen werden könne.[2]) Man beruft sich für die Richtigkeit dieses Satzes auf den Ausspruch des Paulus: Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentia.[3]) Das bedeutete aber wohl nichts weiter, als das Sonderrecht nicht über den Rahmen der besonderen von ihm betroffenen Materie hinaus, nicht aber, daß es überhaupt nicht ausgedehnt werden dürfe. Damit aber drückt der Spruch nichts anderes aus, als was heute die herrschende und auch wohl richtige Ansicht lehrt.[4]) Das Sonderrecht ist also soweit die von ihm betroffene Materie reicht, sowohl der ausdehnenden Auslegung als auch der Analogie zugänglich. „Sonst würde man dieselbe überhaupt in Frage stellen, denn jeder neu auftauchende Rechtssatz stellt sich gegenüber den vorhandenen Rechtssätzen als regelwidriges Recht dar.“ [5]) Wann ist nun aber ein argumentum e contrario

---

[1]) Paulus difiniert das jus singulare als dasjenige Recht, „quod contra tenorem juris propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est“ (vgl. D. 1. 13. 16.).

[2]) Vereinzelt findet sich sogar die Ansicht, daß das Sonderrecht auch nicht einmal ausdehnend ausgelegt werden dürfe. Der Satz: priviligia sunt strictissimae interpretationis, womit das begründet wird, bezog sich aber doch wohl auf privilegia im eigentlichen Sinne, also nicht auf Sonderrecht für bestimmte Personen k l a s s e n , sondern auf Sätze zu Gunsten einer bestimmten Einzelperson.

[3]) D. 50. 17. 141 pr.

[4]) Nach Windscheid-Kipp 1. Bd. § 29 versteht sich diese Auffassung des Ausspruches von selbst. S. auch Crome I § 21 II. Enneccerus I § 56 I 2a. Dernburg I § 19 III, der die Verwertung des Sonderrechts mittels Analogie wenigstens aus „besonderen Gründen“ gestatten will. Vgl. im übrigen die Literatur bei Windscheid-Kipp a. a. O. Anm. 3.

[5]) Windscheid-Kipp a. a. O. Als Beispiel wird hier angeführt: „Das S. C. Velleianum begründet gewiß jus singulare, und wie ist es analog ausgedehnt worden“. Auch das Reichsgericht (Entsch. d. RG.s Bd. 22 S. 196) ist der im Texte vertretenen Ansicht, denn es heißt dort ausdrücklich: „daß ein so singuläres Institut (— gemeint ist die Privationsbefugnis bei der Emphyteuse —) nicht durch bloße Analogie von den-

zulässig? Jedenfalls muß es unzulässig sein, soweit ihm nach dem Gesagten eine zulässige Analogie entgegensteht.[1]) Denn die Analogie verdient vor ihm deshalb den Vorzug, weil sie durch ihre Betonung allgemeiner Sätze vereinheitlichend, das argumentum e contrario aber naturgemäß zersplitternd wirkt, die Rechtsordnung aber soweit als möglich als Einheit aufgefaßt werden will. Selbst in den Fällen, in denen aber das argumentum e contrario nicht durch die Zulässigkeit einer Analogie ausgeschlossen wird, setzt es außerdem noch voraus, daß das Gesetz seinem objektivem Sinne nach augenscheinlich mit Absicht bei dem auszulegenden Satze die Bestimmung weggelassen hat, deren Nichtgeltung man damit dartun will.

Für die Frage, ob nun § 394 einer Analogie zugänglich ist oder ob aus ihm ein argumentum e contrario herzuleiten ist, muß es nach dem Gesagten von wesentlicher Bedeutung sein, ob diese Bestimmung jus singulare enthält oder nicht. Wie fast in allen Fällen, in denen der berühmte Streit zwischen Analogie und argumentum e contrario entbrennt, hat man auch in diesem Falle eine Prüfung in diesem Punkte nicht für erforderlich gehalten. Der eine behauptet einfach, § 394 enthalte jus singulare, der andere aber nimmt das allerdings hin, wendet aber die Bestimmung trotzdem analog an. Wir wollen jedoch prüfen, ob denn überhaupt § 394 BGB. jus singulare enthält, so daß er der Analogie nur in dem soeben dargelegten beschränkten Umfange zugänglich ist, oder ob er allgemeines Recht enthält und deshalb also der Analogie unbeschränkt zugänglich ist.

Da ist es nun zunächst erforderlich, daß wir uns noch einmal daran erinnern, daß — wie oben bereits gesagt — Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung demselben uralten Rechtsgedanken entspringen, daß derjenige dolos handelt, der fordert, wenn er selbst noch leisten muß. Dasselbe gilt auch von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Der genannte Grundgedanke lag schon der römischen und gemeinrechtlichen exceptio doli zugrunde, aus der ja die drei Rechtsinstitute sämtlich sich entwickelt haben. Daß eine exceptio doli auch heute noch im Recht des BGB. anzuerkennen ist,[2]) wird kaum

jenigen Rechtsverhältnissen, für welche es gegeben ist, auf ein anderes Rechtsinstitut ausgedehnt werden darf, welches . . . von jenen wesentlich verschieden ist".

[1]) Ebenso Windscheid-Kipp I § 22 Anm. 7 („sobald nur der Ausschluß der Analogie feststeht").

[2]) Vgl. z. B. Crome I § 36 S. 188. Matthiaß § 66 I. Rehbein I S. 339. RG. v. 8. Okt. 1909 (Entsch. Bd. 71 S. 432). Anders die Protokolle Bd. S. 239 fg.

mehr bestritten. Anerkannt ist auch, daß sie nicht ohne gesetzliche Hilfe, gleichsam „von Gottes Gnaden“ [1]) gilt, daß sie sich vielmehr auf irgend eine gesetzliche Bestimmung stützen muß. Man ist auch weiter darüber so ziemlich einig, daß diese gesetzliche Bestimmung zunächst in § 242 BGB. gegeben ist.[2]) Nur über den näheren Inhalt der hier gegebenen exceptio doli ist man allerdings noch im Zweifel. Die einen sagen, wenn § 242 bestimme, daß die Leistung so zu erfolgen habe, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordere, so könne sich das eben nur auf die Art der Leistung beziehen,[3]) nicht aber auf die Frage, ob überhaupt und inwieweit eine Leistungspflicht bestehe.[4]) M. E. ist die erstere Ansicht die richtige. Sie entspricht nicht nur dem Wortlaute des § 242, sondern wird auch durch die Tatsache gestützt, daß das Gesetz an verschiedenen Stellen Einzelbestimmungen gibt, die den Inhalt der Obligationen den Grundsätzen von Treu und Glauben anpassen sollen. Es gibt also im BGB. für die Frage nach der Art der Bewirkung der Leistung eine allgemeine exceptio doli in § 242, für die Frage nach dem Inhalte (also z. B. nach dem „ob“, „inwieweit“, „wann“ und „wo“) der Leistung aber Einzelbestimmungen, die jede für sich eine exceptio doli geben. Solche Einzelbestimmungen sind z. B. die Rechtssätze, die das Zurückbehaltungsrecht, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und die Aufrechnung begründen. Gegen diese Auffassung der drei Rechtsinstitute als besonderer Fälle der exceptio doli kann man nicht vorbringen, daß das Gesetz sie nicht in Form von Ausnahmesätzen zum Ausdruck bringe. Dies Bedenken stände ja auch der allgemeinen exceptio doli entgegen. Es schwindet aber, wenn man bedenkt, daß es hier nicht darauf ankommt, die Form der Geltendmachung dieser exceptio, sondern das Vorhandensein eines materiellen, inhaltlich der alten exceptio doli entsprechenden Satzes festzustellen. Zudem sind die drei hier in Betracht kommenden Rechtsinstitute — anders sogar als § 242 — nicht von Amts wegen vom Richter zu berücksichtigen; Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages geben vielmehr wirkliche Einreden im Sinne des BGB., die Aufrechnungs-

---

[1]) So behauptete allerdings Eck (vgl. Wendt im Arch. f. d. z. Praxis Bd. 100 S. 1.)

[2]) Vgl. z. B. Staudinger zu § 157 Anm. 6. Komment. v. Reichsger.-Räten zu § 242 Anm. 1. Matthiaß § 66 I u. besonders Wendt a. a. O.

[3]) So z. B. Schneider, Treu u. Glauben im Recht d. Schuldverh. München 1903. Oertmann zu § 242 Anm .1.

[4]) So aber insbesondere Wendt a. a. O.

möglichkeit aber ein Kannrecht, dessen Betätigung ebenfalls ganz in den Willen der Partei gestellt ist.

Ob nun aber — wie hier behauptet — die drei Rechtsinstitute als selbständige Verkörperungen des Gedankens der Dolus-Einrede auftreten oder nicht: in beiden Fällen stellen sie Ausnahmen dar, wenn sie denjenigen, der sich ihrer bedient, berechtigen, eine geschuldete Leistung einstweilen zu verweigern, oder gar endgültig die Verpflichtung dazu zum Erlöschen zu bringen, und zwar Ausnahmen von dem Grundprinzip des gesamten Obligationenrechts, das da lautet: „Verpflichtungen sind zu erfüllen." Daß dieser letztere Satz wirklich ein gültiger Rechtssatz ist, obschon er nicht im Gesetzbuch steht, bedarf wohl keines Beweises. Für das Vertragsrecht ergibt er sich ohne weiteres aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit,[1]) gilt er aber hier, so muß er bei Verpflichtungen, die schon durch das Gesetz begründet sind, noch viel eher gelten.

Die vom BGB. zur Begründung des Zurückbehaltungsrechts, der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und der Aufrechnung geschaffenen Rechtssätze enthalten also Ausnahmen, jus singulare, gegenüber dem soeben formulierten Rechtssatze. Daraus folgt aber umgekehrt, daß diejenigen Rechtssätze, die eines der genannten Rechtsinstitute wieder ausschließen, Ausnahmen von einer Ausnahme, also die Wiederherstellung des Regelrechtssatzes enthalten.

Wenden wir nunmehr aber das rein theoretisch über die Frage der Anwendbarkeit von Analogie und argumentum e contrario Gefundene auf die drei Rechtsinstitute an, so kommen wir zu folgendem Resultat:

1. Diejenigen Rechtssätze, welche eines der drei Rechtsinstitute begründen, lassen sich auf keines der beiden anderen analog anwenden, denn sie enthalten, wie wir gesehen haben, jus singulare, und jedes der drei Rechtsinstitute steht auch den beiden anderen zwar nicht gegenüber, aber doch selbständig neben ihm und betrifft eine besondere Materie. Wohl aber ist hier ein argumentum e contrario denkbar. So kann man z. B. nicht sagen, weil die Aufrechnung Gleichartigkeit der Ansprüche verlange, darum sei dieses Erfordernis auch für das Zurückbehaltungsrecht analoger-

[1]) Vgl. auch RG. 76, 150, wo als oberster Grundsatz des Vertragsrechts der Satz aufgestellt wird: „Verträge sind aufrecht zu erhalten".

weise anzunehmen, man muß vielmehr umgekehrt sagen: weil die Aufrechnung Gleichartigkeit der Ansprüche verlangt, darum ist dies Erfordernis für die Zurückbehaltung, die es nicht ausdrücklich aufstellt, zu verneinen.

2. Diejenigen Rechtssätze, welche eines der drei Rechtsinstitute wieder ausschließen, sind dagegen der analogen Anwendung auf die beiden anderen Rechtsinstitute an sich fähig, denn sie enthalten ja die Wiederherstellung des Satzes, der als Obersatz gegenüber allen drei Ausnahmen von ihm darstellenden Rechtsinstituten, also nicht etwa als ein der Analogie nur beschränkt zugängliches jus singulare sondern als Regelrecht anzusehen ist.

Das Resultat für unsere Untersuchung ist also, daß § 394 nicht jus singulare, sondern einen die Aufrechnung gestattenden Ausnahmesatz wieder verneinenden Regelrechtssatz enthält und daß er daher der Analogie sogar ohne die Beschränkung zugänglich ist, die für sie bei einem Satz des jus singulare besteht. Ob allerdings eine analoge Anwendung des § 394 in der hier fraglichen, also auch das Zurückbehaltungsrecht am unpfändbaren Dienstlohne ausschließenden Weise geboten ist, ob also diese Bestimmung den in ihr enthaltenen Obersatz nicht nur gegenüber der Aufrechnung sondern auch gegenüber der Zurückbehaltung zur Geltung bringt, das hat sich nach dem oben (S. 38) Gesagten danach zu richten, ob er ein nur die Rechtsform der Aufrechnung treffendes Verbot enthält oder auch ein Prinzip, das, Aufrechnung und Zurückbehaltung umschließend, deren wirtschaftliches Resultat erfaßt, soweit es ein gemeinschaftliches ist, ob also kurz gesagt § 394 nicht nur bezweckt, daß der Dienstberechtigte den Dienstlohn überhaupt einmal, sondern daß er ihn sofort bei Fälligkeit erhält.

Diejenigen, die eine analoge Anwendung des § 394 befürworten, führen aber lediglich etwa aus, unsere Gesetzgebung verfolge durch eine Anzahl von Vorschriften den Zweck, dem Dienstlohn in der Höhe, in der er zum Lebensunterhalte unumgänglich notwendig sei, unter allen Umständen die tatsächliche Auszahlung zu sichern. Dieser Gedanke zeige sich in den Bestimmungen des Lohnbeschlagnahmegesetzes und des § 850 ZPO., die den Dienstlohn durch Einführung einer Pfändbarkeitsgrenze gegen Zugriffe Dritter schützen sollten, sowie in den Bestimmungen der §§ 115 fg. der Gewerbeordnung, die ihn durch das Gebot der Barzahlung und in § 394 BGB., der ihn durch das Verbot der Aufrechnung auch gegen-

über dem Vertragsgegner schützen solle. Durch alle diese Bestimmungen werde aber der darin enthaltene Gedanke des vollkommenen Lohnschutzes nicht erreicht. Insbesondere sei auch das Aufrechnungsverbot des § 394 für sich allein nur ein unvollkommenes Schutzmittel. Denn Aufrechnung und Zurückbehaltung hätten bei gleichartigen Gegenforderungen wirtschaftlich dieselbe Wirkung,[1]) sie dürften deshalb rechtlich nicht zu verschiedenen Konsequenzen führen;[2]) § 394 sei demnach auf die Zurückbehaltung des unpfändbaren Dienstlohnes analog anzuwenden. Hiergegen geben die Freunde des Zurückbehaltungsrechts zwar teilweise zu, daß Zurückbehaltung und Aufrechnung unter Umständen den gleichen Erfolg haben könnten,[3]) sie halten das aber nicht für ausreichend, um eine analoge Anwendung des § 394 zu rechtfertigen. Andere sind dagegen der Ansicht, daß auch in der praktischen Wirkung keine Gleichheit zwischen Zurückbehaltung und Aufrechnung bestehe, so insbesondere Oertmann,[4]) der sogar bekennt, daß man das Zurückbehaltungsrecht an unpfändbaren Forderungen nicht bejahen könne, wenn man es — fälschlich — in der praktischen Wirkung der Aufrechnung gleichstelle.

Diese ganze Diskussion ist nach dem bisherigen Resultat meiner Feststellungen belanglos. Von einer völligen Gleichheit zwischen Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht bezüglich ihres wirtschaftlichen Erfolges kann ja keine Rede sein. Es kommt darauf aber auch garnicht an, denn — um es nochmals zu betonen — eine analoge Anwendung des § 394 ist schon gerechtfertigt, wenn diese Bestimmung nicht nur das Endresultat der Aufrechnung verhüten will, sondern schon die Tatsache, daß der Dienstverpflichtete augenblicklich, d. h. bei Fälligkeit seines Lohnes nichts erhält, also den Anfangserfolg der Aufrechnung, den sie mit der Zurückbehaltung gemeinsam hat.

Diesen Sinn hat § 394 wirklich. Denn wenn das Lohnbeschlagnahmegesetz die 1500.— Mk. jährlich nicht übersteigende Vergütung für Dienste, welche die Erwerbstätig-

[1]) So z. B. OLG. Dresden v. 8. April 1908 (bei Baum a. a. O. S. 617 u. in d. Entsch. d. OLGe. Bd. 18 S. 1). Fröhlich a. a. O.

[2]) So Endemann I § 145 Anm. 25 v. Landmann zu § 115 Gew.-O. Anm. 2 i, Abs. 2. Lotmar a. a. O. I. S. 430. OLG. Dresden a. a. O. Gew.-Ger. München in Gew.- u. Kaufm.-Ger. 14. Jahrg. Sp. 147. Wolff a. a. O. S. 319.

[3]) So Landgericht Bremen v. 13. Januar 1912 in Gew.- u. Kaufm.-Ger. 18. Jahrg. Gew.-Ger. Lennep v. 13. Juli 1912 ebendort.

[4]) Vgl. Oertmann zu § 273 Anm. 4 b. Ebenso auch OLG. Cöln v. 31. Okt. 1902 (bei Baum a. a. O. S. 613).

keit des Dienstverpflichteten ganz oder hauptsächlich in Anspruch nehmen, nur dann einer Beschlagnahme für zugänglich erklärt, wenn der Dienstverpflichtete den Tag der Fälligkeit der Vergütung vorübergehen läßt, ohne sie einzufordern, so geht daraus hervor, daß hier derjenige Lohn geschützt werden soll, den der Dienstverpflichtete in der auf den Fälligkeitstag folgenden Lohnperiode zum Leben nötig hat, daß also gerade das verboten werden soll, was wir an den Wirkungen von Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht als gemeinsam vorfanden: daß der Dienstverpflichtete augenblicklich nichts erhält. Aus diesem Prinzip des Lohn beschlagnahmegesetzes würde nun an und für sich noch kein Ausschluß der Aufrechnung[1]) und des Zurückbehaltungsrechts bei unpfändbaren Lohnforderungen folgern. Denn diese beiden Rechtsbehelfe haben ja viel engere Voraussetzungen als die Beschlagnahme. Sie sind deshalb lange nicht so häufig wie diese und der Gesetzgeber hat zunächst wohl nur die Beschlagnahme als das häufigste Übel, das dem Dienstverpflichteten droht, verbieten wollen. Wird nun aber weiter durch irgendeine gesetzliche Bestimmung die Aufrechnung oder die Zurückbehaltung unpfändbaren Dienstlohnes ebenfalls verboten, und wird gar, wie in § 394 BGB., ausdrücklich dabei Bezug genommen auf das Verbot der Beschlagnahme, so heißt das doch nichts anderes, als daß auch der Grund dieses Verbotes derselbe ist wie bei dem Verbote der Beschlagnahme, daß das Gesetz das neue Verbot aber nur deshalb ausdrücklich geben zu sollen glaubt, weil es sich hier um einen Rechtsbehelf handelt, der eben engere Voraussetzungen hat, nicht aber deshalb, weil er andere Wirkungen hat als die Beschlagnahme. Ist nun das neue Verbot, wie tatsächlich der Fall, ein Verbot der Aufrechnung, so folgt auch daraus noch immer nicht ein Verbot auch der Zurückbehaltung — es sei denn, daß die Zurückbehaltung die gleichen Voraussetzungen hätte wie die Aufrechnung. Das haben wir für den Fall bestätigt gefunden. daß es sich um zugleich konnexe und gleichartige Gegenforderungen handelt. Folglich ist das Verbot der Aufrechnung in § 394 BGB gegen eine Forderung auf unpfändbaren Dienstlohn wegen Gleichheit des gesetzgeberischen Grundes auch auf die Zurück-

[1]) Das war allerdings vor Inkrafttreten des BGB. streitig. Daß aber daraus, daß man zauderte, das Beschlagnahmeverbot auf die Aufrechnung anzuwenden, nichts für die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts am unpfändbaren Dienstlohne folgt, wie Pappenheim und Schmelzle meinen, das ergibt sich aus dem im Text Gesagten.

behaltung solchen Dienstlohnes wegen einer gleichartigen, also ebenfalls auf Geldzahlung gerichteten Forderung anwendbar. Die heißumstrittene Analogie zu § 394 ist gerechtfertigt. Sie schließt die Anwendbarkeit des Zurückbehaltungsrechts auf den unpfändbaren Dienstlohn wegen gleichartiger, also ebenfalls auf Geldzahlung gerichteter Gegenansprüche des Dienstberechtigten aus.

Daß sich mir, der ich gleich eingangs jede Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse des wirtschaftlichen Lebens als bei der besonderen Natur der Streitfrage untunlich ausgeschlossen habe, dies Resultat nicht aus „sozialpolitischen Anschauungen" insbesondere nicht unter „freirechtlichem' Einflusse ergeben hat, wie es Kuhlenbeck in v. Staudingers Kommentar den Gegnern des Zurückbehaltungsrechts an unpfändbaren Ansprüchen vorwirft,[1]) — darüber mag der geneigte Leser urteilen.

Billigt man aber das hier gefundene Resultat, so ist sehr wohl zu beachten, daß es mit der Natur des Dienstvertrages oder Dienstlohnanspruches als solchen nichts zu tun hat, daß es demnach eine über den Rahmen der hier zu entscheidenden Streitfrage hinaus gehende Bedeutung hat: Nicht nur die Zurückbehaltung unpfändbaren Dienstlohnes, wegen einer gleichartigen Gegenforderung, sondern überhaupt die Zurückbehaltung einer Leistung, auf die der Gegner einen unpfändbaren Anspruch hat, ist verboten.

Endlich sei auch noch darauf aufmerksam gemacht, daß der Streit über die Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit der Zubilligung oder der — wie hier geschehenen — Verweigerung des Zurückbehaltungsrechts am unpfändbaren Dienstlohne nichts anderes ist als ein Streit über die Angebrachtheit des Aufrechnungsverbotes des § 394 BGB. Denn nur dieses ist es ja, das den Ausschluß auch des Zurückbehaltungsrechts in sich trägt. Nur der Gesetzgeber vermag also denjenigen zu helfen, die ein Zurückbehaltungsrecht auch bei unpfändbaren Forderungen für angebracht halten. Ob aber eine solche gesetzliche Maßnahme angebracht ist oder nicht, das mag hier dahingestellt bleiben.

[1]) Vgl. Staudinger zu § 273 Anm. I. 1 c.